

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA**

**UNIVERSIDAD DE MONTPELLIER I**

**EL PATRIMONIO CONSTITUCIONAL EUROPEO: SU  
ASIMILACIÓN POR EL ORDEN JURÍDICO  
COMUNITARIO**

**(Análisis específico del “patrimonio europeo de los derechos  
fundamentales”)**

**María Isabel ORTIZ**

**Tesis de doctorado en régimen de cotutela**

**Departamentos:**

**Centre d’Etudes et de Recherches Comparatives  
Constitutionnelles et Politiques (Universidad de Montpellier I)**

**Ciencia Política y Derecho Público (Universidad Autónoma de  
Barcelona)**

**Directores de tesis:**

**Profesor Doctor Dominique ROUSSEAU**

Catedrático de Derecho público de la Universidad de Montpellier I

**Profesora Doctora Teresa FREIXES**

Catedrática de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma  
de Barcelona

*A mis padres*

## **TABLA DE** **ABREVIATURAS**

(más utilizadas)

AFDI:	Annuaire français de droit international	REP:	Revista de Estudios Políticos
AIJC:	Annuaire International de Justice Constitutionnelle	RFDC:	Revue française de droit constitutionnel
AUE:	Acta Unica Europea	RGDIP:	Revue Général de droit international public
BverfGE:	Bundesverfassungsgericht	RIE:	Revista de Instituciones europeas
C.C.:	Conseil constitutionnel	RTDE:	Revue Trimestrielle de droit européen
CCAA:	Comunidades Autónomas	RTDH:	Revue Trimestrielle de droits de l'homme
CDE:	Cahiers de droit européen	RUDH:	Revue Universelle de droits de l'homme
CE:	Comunidad europea	TC:	Tribunal Constitucional
CEDH:	Convenio Europeo de derechos humanos	(STC):	Sentencia del TC
CEE:	Comunidad Económica Europea	TCEE:	Tratado de la Comunidad Económica Europea
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades europeas	TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
JO:	Journal Officiel	(STEDH):	Sentencia del TEDH
JOCE:	Journal Officiel des Communautés européennes	TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
LFB:	Ley Fundamental de Bonn	(STJCE)	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
LGDJ:	Librairie Générale du droit et de la jurisprudence	TPI:	Tribunal de Primera Instancia
LOTIC:	Ley Orgánica del Tribunal constitucional	(STPI)	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
OPOCE:	Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades europeas	TS:	Tribunal Supremo
PUF:	Presses universitaires de France	(STS):	Sentencia del TS
RAP:	Revista de Administraciones públicas	TUE:	Tratado de la Unión europea
RBDC:	Revue Belge de droit constitutionnel	UAB:	Universidad Autónoma de Barcelona
RDP:	Revue de droit public	UCM:	Universidad Complutense de Madrid
Rec.:	Recopilatorio	UE:	Unión europea
REDC:	Revista española de Derecho constitucional	UNAM:	Universidad Nacional Autónoma de México
REDI:	Revista Española de Derecho internacional	UNED:	Universidad Nacional de Educación a distancia
REE:	Revista de Estudios Europeos	VVAA:	Varios autores

# EL PATRIMONIO CONSTITUCIONAL EUROPEO: SU ASIMILACIÓN POR EL ORDEN JURÍDICO COMUNITARIO

(Análisis específico del “patrimonio europeo de los derechos fundamentales”)

\* Introducción

## PRIMERA PARTE:

Derechos nacionales, Derecho internacional y Derecho comunitario: tensiones e influencias recíprocas relevantes para la definición del patrimonio constitucional europeo

### **TITULO I: La existencia de principios constitucionales comunes a los Estados miembros. La prueba de la existencia de un patrimonio constitucional europeo**

Capítulo 1: Convergencias y divergencias entre los órdenes constitucionales de los Estados miembros: La democracia y el Estado de Derecho como principios esenciales del patrimonio constitucional europeo

#### Sección 1: La democracia en Europa: el elemento clave

- A) Los orígenes de la democracia y su evolución: la noción de democracia comprendida en el patrimonio constitucional europeo
  - 1.- La justificación del desarrollo de la democracia representativa y su crisis
  - 2.- Las elecciones democráticas: los partidos políticos y el derecho de sufragio, componentes indispensables de los sistemas democráticos contemporáneos
- B) La asimilación de la democracia representativa en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión
  - 1.- La función preeminente de los partidos políticos en los órdenes jurídicos de los Estados miembros. La influencia de los grupos de presión en los procesos decisorios

- 2.- Aproximación a los sistemas electorales de los quince Estados miembros de la Unión europea. Las medidas tendentes a aumentar la representatividad. Un ejemplo concreto: la paridad política entre hombres y mujeres en Francia

## Sección 2: Los principios formales que definen la noción de “Estado de Derecho” en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea

### A) Los principios derivados del Estado de Derecho en sentido formal

- 1.- Del Estado de Derecho al Estado social y democrático de Derecho
- 2.- Los principios que conforman el Estado de derecho en sentido formal

### B) La recepción de la noción de Estado de Derecho en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea

- 1.- La materialización del principio de separación de poderes en los órdenes jurídicos estatales
- 2.- La jerarquía normativa. En concreto, la posición de la Constitución en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea

## Capítulo 2: La declaración y protección de los derechos fundamentales en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea

### Sección 1: Los catálogos de derechos fundamentales de los quince Estados miembros de la Unión europea

#### A) La importancia constitucional de los derechos fundamentales en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea

- 1.- La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789

- 2.- La evolución posterior de los derechos fundamentales: la necesaria inclusión de los derechos sociales en el patrimonio europeo de los derechos fundamentales
- B) Los derechos reconocidos por las declaraciones de derechos actuales: derechos de la “primera generación”, de la “segunda generación” y de la “tercera generación. Las medidas de acción positiva tendentes a fomentar la igualdad de género
- 1.- Los derechos de “la primera generación”
  - 2.- Los derechos de prestación
  - 3.- Los derechos de la “tercera generación”
  - 4.- Las medidas de acción positiva tendentes a fomentar la igualdad de género

## Sección 2: Los sistemas de protección de derechos fundamentales en los quince Estados miembros de la Unión europea

- A) Los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales en los Estados miembros de la Unión europea
- 1.- El papel del poder Legislativo: su función en la protección de los derechos fundamentales
  - 2.- El papel del poder Ejecutivo en la protección de los derechos fundamentales
  - 3.- El papel del poder Judicial en la protección de los derechos fundamentales
- B) La función de los Tribunales constitucionales europeos en la protección de los derechos fundamentales
- 1.- El control de constitucionalidad de las leyes
  - 2.- El recurso de los particulares al Tribunal constitucional para la defensa de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos ante la eventual injerencia de los poderes públicos: el “recurso de amparo”

\* Conclusión Título I

## **TITULO II: La influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea y en el orden jurídico comunitario**

### **Capítulo 1: El CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: elementos de convergencia entre los órdenes jurídicos estatales en materia de derechos humanos**

Sección 1: Los efectos de la declaración de derechos del CEDH en los órdenes jurídicos internos: la incidencia en el proceso armonizador de su posición jerárquica en los órdenes constitucionales estatales

- A) La configuración del CEDH como instrumento subsidiario de protección de los derechos fundamentales
- B) La incidencia del sistema de declaración y protección de derechos del CEDH en el proceso de conformación de un Derecho común europeo de los derechos fundamentales
  - 1.- La influencia armonizadora del CEDH como fuente de Derecho integrada en los órdenes jurídicos de los Estados miembros
  - 2.- La influencia armonizadora del CEDH como fuente de interpretación de las normas internas
  - 3.- El papel fundamental del juez nacional en el proceso de asimilación del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH

Sección 2: Los efectos en los órdenes jurídicos internos del sistema de protección de derechos instaurado por el CEDH: la influencia de las sentencias del TEDH en los Derechos nacionales

- A) La incidencia de las sentencias del TEDH en el proceso armonizador de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros
  - 1.- El mecanismo de control instaurado por el CEDH. Las relaciones entre los sistemas de protección de derechos fundamentales de los órdenes jurídicos de los Estados miembros y el mecanismo de garantía de Estrasburgo

- 2.- La incidencia de la naturaleza y el alcance de las sentencias del TEDH en el proceso de armonización de los órdenes jurídicos estatales
- B) Las modificaciones de los órdenes jurídicos nacionales suscitadas por una sentencia del TEDH. Algunos ejemplos paradigmáticos
- 1.- Bélgica
  - 2.- Reino Unido
  - 3.- Irlanda
  - 4.- Países Bajos
  - 5.- Francia
  - 6.- Austria

## **Capítulo 2: La influencia del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el orden jurídico comunitario**

### Sección 1: La evolución sufrida en el orden jurídico comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales

- A) La asimilación del patrimonio europeo en materia de derechos fundamentales por las Instituciones comunitarias
- 1.- Las motivos que justifican la falta de una declaración de derechos fundamentales en los Tratados comunitarios
  - 2.- Las reacciones estatales. La exigencia de una protección eficaz de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario
- B) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. La función primordial del TJCE como garante de los “principios generales del Derecho comunitario”
- 1.- La evolución de la protección de derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE
  - 2.- La utilización del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH por la jurisprudencia del TJCE

### Sección 2: Hacia una protección óptima de los derechos fundamentales en la Unión europea. Las soluciones propuestas y su alcance en el proceso de integración europea

A) La eventual adhesión de la Comunidad/Unión europea al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950

1.- Los intentos frustrados de adhesión de las Comunidades/Unión al CEDH

2.- Ventajas e inconvenientes de la adhesión de la Comunidad al CEDH

B) El control de los actos de Derecho comunitario por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1.- El control de los actos comunitarios por el TEDH

2.- El control de los actos nacionales de ejecución del Derecho comunitario por el TEDH

\* Conclusión Título II

## SEGUNDA PARTE:

La recepción del patrimonio constitucional europeo por el orden jurídico comunitario

### **TITULO I: El orden jurídico comunitario, sistema autónomo y específico. Aproximación a la naturaleza original de la Unión europea**

Capítulo 1: El orden jurídico comunitario: naturaleza, características fundamentales y relaciones con los órdenes jurídicos de los Estados miembros

Sección 1: La Unión europea, ¿orden jurídico internacional o constitucional?: Los elementos convergentes y divergentes del orden jurídico comunitario respecto al orden jurídico internacional y a los órdenes jurídicos estatales

A) La Unión europea, organización internacional

- 1.- La naturaleza jurídica de la Comunidad europea
- 2.- La naturaleza jurídica de la Unión europea

B) ...con trazos característicos de los órdenes jurídicos estatales

- 1.- El “territorio europeo”: un espacio en continua ampliación
- 2.- El componente humano: el sentimiento de pertenencia a la Unión

Sección 2: El ámbito competencial de actuación de la Unión europea. La evolución del proceso de integración europea y el reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión

A) Profundización y ampliación, la esencia de la integración europea

- 1.- La evolución del proceso de profundización: de la Comunidad económica a la Unión política

2.- La dinámica de la ampliación : la extensión continua de “las fronteras” de la Unión

B) El reparto de competencias y el principio de subsidiariedad

1.- El reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión europea : el “principio de atribución”

2.- La subsidiariedad: principio de determinación del ejercicio de competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros

Capítulo 2: El efecto uniformador de los principios de primacía y efecto directo de la norma comunitaria en los órdenes jurídicos nacionales

Sección 1: La primacía del Derecho comunitario: La esencia del proceso uniformador del Derecho comunitario en los órdenes jurídicos de los Estados miembros

A) La configuración del principio de primacía por el TJCE

B) La evolución del principio de primacía en la jurisprudencia francesa

1.- La jurisprudencia del Conseil constitutionnel relativa a la cesión de competencias de Francia a la Comunidad europea

2.- La evolución en la aplicación de las normas de Derecho comunitario por los Tribunales franceses

C) La evolución del principio de primacía en la jurisprudencia española

1.- El fundamento jurídico de la adhesión de España a la Comunidad europea

2.- Los efectos en el sistema de las Autonomías de la adhesión de España a la Comunidad europea

Sección 2: El efecto directo del Derecho comunitario: la esencia del efecto uniformador del Derecho comunitario sobre los Derechos internos

- A) La evolución del principio de efecto directo en la jurisprudencia del TJCE
- B) La evolución del principio de efecto directo en Francia y en España

### \* Conclusión Título I

TITULO II: ¿Sería posible transponer los principios jurídicos compartidos por los Estados miembros a la estructura comunitaria?

Capítulo 1: El orden jurídico comunitario, ¿respeto los principios contenidos en el patrimonio constitucional europeo?

#### Sección 1: La democracia en la Unión europea

- A) La progresiva asunción de competencias del Parlamento Europeo desde “Maastricht hasta Niza”
  - 1.- Los procedimientos legislativos de adopción de normas en el orden jurídico comunitario
  - 2.- Un salto cualitativo: la inclusión del procedimiento de codecisión
- B) Los partidos políticos y las elecciones al Parlamento Europeo
  - 1.- El sistema de partidos políticos al nivel europeo
  - 2.- Hacia un sistema electoral uniforme para las elecciones al Parlamento europeo

#### Sección 2: El Estado de Derecho comunitario

- A) La separación de poderes en la Unión europea: el “equilibrio institucional”
  - 1.- La independencia institucional: la posición de cada una de las Instituciones en la estructura comunitaria
  - 2.- La interdependencia institucional

B) Hacia una jerarquización de los diferentes tipos de normas comunitarias

1.- Los Tratados comunitarios: “la cúspide de la pirámide”

2.- Los intentos de jerarquizar el Derecho comunitario derivado. Las dificultades de establecer paralelismos entre “ley” y “reglamento” estatales en el orden jurídico comunitario

## **Capítulo 2: Hacia una protección “constitucional” de los derechos fundamentales en la Unión europea**

### Sección 1: La evolución de la declaración y protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario

A) Las declaraciones de respeto de los derechos fundamentales realizadas por las Instituciones comunitarias. La toma de conciencia institucional de las carencias de una declaración de derechos en los Tratados comunitarios

1.- Las declaraciones de las Instituciones comunitarias manifestando su respeto de los derechos fundamentales

2.- La plasmación en los Tratados comunitarios de los derechos fundamentales como principio inspirador del orden jurídico comunitario

B) Los avances de la Unión europea en el reconocimiento y protección de los derechos sociales

C) El principio de igualdad entre hombres y mujeres. La toma de conciencia comunitaria de la necesidad de desarrollar una real igualdad de género. La noción de “Gender Mainstreaming”

### Sección 2: La Carta comunitaria de derechos fundamentales: un camino abierto hacia una real constitucionalización del orden jurídico comunitario

A) La estructura y el contenido de la Carta de derechos fundamentales. Las consecuencias prácticas de la proclamación de la Carta en la vida comunitaria

- 1.- La Carta como instrumento receptor del patrimonio constitucional europeo: estudio de la influencia de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de los instrumentos internacionales (con especial atención al CEDH y a la jurisprudencia de Estrasburgo) en el articulado de la Carta
  - 2.- La naturaleza jurídica de la Carta. De declaración política (en teoría) a texto básico de protección de derechos fundamentales (en la práctica)
- B) La originalidad del sistema elegido para la elaboración de la Carta de derechos fundamentales: el éxito de la “Convención” como método de trabajo
- 1.- Los intentos de elaboración de una Declaración comunitaria de derechos fundamentales. La elaboración de la Carta comunitaria de derechos fundamentales del año 2000: el mandato del Consejo de Colonia
  - 2.- El mandato de Tampere: La “Convención” como método de trabajo especialmente adecuado para la elaboración de documentos de gran relevancia jurídica en el marco del proceso de “constitucionalización” de la Unión europea
  - 3.- ¿Hacia qué Unión europea?: la “Convención sobre el futuro de Europa”, un intento de formalizar la “constitucionalización informal” del proceso de integración europea

\* Conclusión Título II

\* Conclusiones

\* Bibliografía

● Tabla de jurisprudencia

## INTRODUCCIÓN

“La Unión Europea es una de las pocas grandes utopías del II Milenio que merece ser heredada y realizada en el III Milenio”<sup>12</sup>.

La elección de esta cita para comenzar la presente investigación, no es en absoluto casual. De hecho, ella sola resume el sentimiento que nos inspira y cuyo mensaje subyace en la génesis de esta tesis doctoral<sup>13</sup>.

Ahora bien, afirmar que la Unión Europea es una utopía no tiene mucho sentido; no hay más que contemplar su existencia real. Sin embargo, la utopía nace desde el momento en que a la “Unión Europea” le añadimos un sencillo adjetivo: “democrática”. Y así, una Unión Europea democrática sí que es realmente una de las pocas grandes utopías del II Milenio que merece ser heredada y realizada en el III Milenio.

Ciertamente, el final del Segundo Milenio nos dejó el reto de afrontar esta utopía y los inicios de este nuevo Milenio nos llevan a

---

<sup>12</sup>Cfr. ALMUIÑA, C., “De la diversidad cultural a la Unión plural (1). “Europae non cives”. *R.E.E.*, nº. 11, 1995, p. 51.

<sup>13</sup>Como no compartir la idea de una Europa unida que conduce a “la paz, a la prosperidad” y se opone a una Europa dividida generadora “de guerra, opresión y miseria”. Ya en 1924, COUDENHOVE-KALERGI en *Del manifiesto Paneuropeo*, expresó elocuentemente este deseo, cuya esencia sin duda ha inspirado el proceso integrador comunitario. Este texto puede encontrarse en castellano en VELA, F., *Tres Milenios de Europa*, Madrid, 1963. En francés en DE ROUGEMENT, D., *Vingt-huit siècles d’Europe*, Paris, 1961. En este mismo sentido se pronuncia SCHUMAN, R., en su *Declaración*, de 9 de mayo de 1950 cuando afirma que “La contribución que una Europa organizada y con vida puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de las relaciones pacíficas”.

asumirlo<sup>14</sup>. De hecho, nuestro estudio no es sino el fruto del “desafío” que la Historia plantea y que, modestamente, afrontamos. Pero, ¡qué desafío!. Los problemas de su tratamiento surgen tanto de la inmensidad de su contenido y la necesidad de acotarlo como, desde luego, de la exigencia de conseguir una exposición ordenada y clara de todos y cada uno de los temas que se traten... Precisamente la claridad es difícil de conseguir en cualquier exposición, pero sin duda en el marco de esta investigación, constituye uno de los desafíos más complejos. Difícilmente puede afrontarse el reto de alcanzar una Europa más democrática, más transparente, más clara en suma, exponiendo nuestras reflexiones en un texto tan difícil de comprender como... un Tratado comunitario.

Por otra parte, en el marco de este análisis, el “reto” es evidentemente *jurídico* y, por tanto, se nutrirá de fuentes de esta naturaleza. Ahora bien, la objetividad jurídica que trataremos de mantener desde estas primeras líneas hasta las conclusiones finales, reposa en un convencimiento personal que excede de consideraciones exclusivamente jurídicas y que afecta a todo el planteamiento de la tesis. Por ello debe ser conocido desde el principio por el lector : nuestra profunda convicción de que una Europa unida es el mejor camino para abordar los retos que los próximos mil años nos depararán.

Ya desde la perspectiva exclusivamente jurídica, la complejidad de esta investigación aparece en dos cuestiones íntimamente ligadas; una, relativa a la delimitación del fondo (I) y la otra, a la elección de la

---

<sup>14</sup>Ahora bien, como dijo CHURCHILL, W., en su Discurso en la Universidad de Zurich de 19 de septiembre de 1946, “El tiempo apremia. Hoy gozamos de un momento de reposo. Los cañones han dejado de disparar. Los combates han cesado, pero no los peligros...”. *The Sinews of Peace, Post-War Speeches*, editado por R.S. Churchill, Londres, 1948, pp. 198 a 202.

forma (II). Ambas plantean serios problemas en cuanto a su delimitación pero también ambas son cruciales para la correcta defensa de esta tesis. De hecho, dada la complejidad y la heterogeneidad de los contenidos que abordaremos y en aras a la consecución de la claridad expositiva, tan difícil será reflexionar sobre aquéllos, como conseguir “vehicularlos” en una estructura tal que nos permita lograr la suficiente coherencia interna de la investigación.

I.- Los contenidos. “El patrimonio europeo de los derechos humanos: su asimilación por el orden jurídico comunitario”

Ciertamente, el camino hacia la consecución de una Unión Europea más respetuosa de las exigencias democráticas requeriría analizar y discutir múltiples contenidos: reforma institucional, modificación de los procedimientos de toma de decisiones, mayor participación de los ciudadanos en la realidad comunitaria, simplificación de los textos normativos, elaboración de una Constitución europea, redefinición de las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros, ¿Federación?, ¿Confederación?, jerarquía normativa, defensa común... La lista sería casi interminable por lo que centrarnos en un tema concreto no resulta nada fácil; sobre todo si junto a esta aproximación a las cuestiones que afectan específicamente al ordenamiento comunitario introducimos otro elemento imprescindible para este estudio: los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea.

En este punto se hace precisa la primera explicación, ¿por qué debemos afrontar el estudio desde la dicotomía Unión Europea – Estados miembros? Precisamente la respuesta a esta cuestión es el fundamento de la tesis. Veamos: si, como hemos expuesto anteriormente, el desafío aceptado consiste en lograr una “Unión

Europea democrática” y las exigencias democráticas aparecen tradicionalmente definidas en el marco estatal, lógicamente en el contexto de este estudio los órdenes jurídicos de los Estados miembros se convierten en los *órdenes jurídicos de referencia* y el comunitario, en consecuencia, en el *orden jurídico receptor*.

Así con la introducción necesaria, -como parámetro de referencia-, de los órdenes jurídicos estatales, lejos de conseguir nuestro objetivo de limitar el tema de estudio no logramos sino el efecto contrario: darle al tema así expuesto unas dimensiones absolutamente inabarcables.

En este punto, la limitación del objeto de la presente tesis no puede realizarse sino eligiendo un aspecto concreto de la regulación constitucional y comunitaria que incida directamente en nuestro objetivo de conseguir una Europa democrática, pero cuyo análisis comparado quede mucho más limitado por el objeto. El tema elegido aparece así restringido a los derechos fundamentales. Ahora bien, ya en el contexto concreto del tema elegido se hacen aún necesarias múltiples precisiones:

**A) Precisiones en cuanto al objetivo a alcanzar: la asimilación por la Unión Europea del patrimonio constitucional europeo**

Una Unión Europea democrática para merecer ese calificativo, debería ser capaz de asimilar el contenido del patrimonio constitucional europeo. Este patrimonio, se configuraría así como la premisa y el fundamento de la legitimidad del orden jurídico comunitario. Aceptado este planteamiento surge necesariamente la primera cuestión a la que

debe darse respuesta, ¿qué *principios* conforman el “patrimonio constitucional europeo”<sup>15</sup>?

1.- Una aproximación general nos acerca a una noción de “patrimonio” que englobaría a aquellos principios constitucionales nacidos y desarrollados a lo largo de toda una Historia de influencias compartidas por los Estados europeos. Ahora bien, debe evitarse en todo caso caer en la tentación de intentar elaborar un elenco de principios compartidos a modo de “inventario” del “activo” y del “pasivo” del patrimonio constitucional europeo. De hecho, nuestra intención resulta mucho más modesta y también algo más realista. Así, trataremos de identificar los principios *básicos* que, siguiendo a J. HABERMAS, conforman lo que él denomina el “patriotismo constitucional europeo”<sup>16</sup>; principios que, como veremos, pueden reducirse a tres de los cuales se derivan los demás: la democracia, el Estado de Derecho y la declaración y protección de los derechos fundamentales.

Este último principio, -la declaración y protección de los derechos fundamentales-, constituye precisamente el objeto de nuestra investigación. Sin embargo, su estudio no puede abordarse sin fijar

---

<sup>15</sup>El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “patrimonio” en su tercera acepción como “*hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes*”. De igual modo, el PETIT ROBERT, en la acepción que nos interesa, califica “patrimonio” de “*...les biens que l'on a hérités de ses ascendants*”. En efecto, esta definición demuestra el carácter material de la noción de “patrimonio”, en tanto conjunto de *bienes*, de elementos precisos que pueden ser individualizados y reconocidos desde un punto de vista práctico. Sobre la noción de patrimonio ver igualmente las reflexiones de SOULIER, G., “Le patrimoine constitutionnel européen et histoire de l'Europe”. En *Actes du colloque de Montpellier sur le patrimoine constitutionnel européen*. Editorial del Consejo de Europa, 1997, p. 38,

previamente el marco general en el que las distintas normativas se materializan. Por este motivo, antes de sumergirnos en su análisis concreto será preciso definir los otros dos principios previamente aludidos: democracia y Estado de Derecho, tanto desde una aproximación a su concepto y alcance, como desde el estudio de las regulaciones concretas de sus elementos conformadores en los órdenes jurídicos estatales y en el orden jurídico comunitario.

Evidentemente, el planteamiento global de esta investigación impide un tratamiento detallado de cada uno de estos principios. De hecho, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, han sido ya objeto de análisis que llenarían bibliotecas enteras. En el contexto de la presente tesis doctoral, nuestro interés se centra en abordar estos principios en cuanto conformadores de los pilares en los que se apoyan las sociedades occidentales; es decir, en tanto constituyen el común denominador que jurídicamente define a los Estados actuales. Ahora bien, reiteramos, que lejos de pretender un estudio profundo de cada uno de estos principios, -obvio por otra parte-, el acercamiento que realizaremos responde a nuestro objetivo de lograr situarlos en la perspectiva global que simboliza el patrimonio constitucional europeo.

2.- En todo caso, ya puede avanzarse desde estas líneas que el genérico “patrimonio constitucional europeo”, -como nos encargaremos de justificar-, se caracteriza por su parcialidad. De este modo, junto a las numerosas e importantes convergencias existentes entre los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, encontraremos no menos divergencias derivadas de los

---

<sup>16</sup>Cfr. HABERMAS, J., “Citoyenneté et identité nationale”. En *L’Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, (dir. LENOBLE, J. y DEWANDRE, N.).

particularismos propios de los órdenes jurídicos estatales. Todas ellas, - convergencias y divergencias-, deben ser apreciadas como componentes del patrimonio constitucional europeo. Esta circunstancia debe tenerse bien presente a lo largo de toda esta investigación en la que sostenemos que justamente la sorprendente diversidad del patrimonio constitucional europeo lejos de entenderse como un debilitamiento de sus presupuestos, constituye la muestra principal de la riqueza jurídica europea. En definitiva, la existencia de elementos divergentes en las regulaciones estatales no obstaculiza la formación de un Derecho común europeo, sino que lo enriquece.

### **B) Precisiones en cuanto al objeto principal : los derechos fundamentales**

Una vez delimitado el contexto general en el que se desarrollará la investigación, aparece el objeto principal al que se consagra la presente tesis, los derechos fundamentales. En este punto, resulta necesario advertir que la perspectiva desde la que abordaremos este tema será el Derecho comparado, y más concretamente el Derecho constitucional comparado.

Esta precisión encierra dos importantes limitaciones que metodológicamente ordenan nuestra exposición. En primer lugar, esta investigación no va a entrar en consideraciones filosóficas, es decir, no pretendemos reflexionar o discutir sobre la esencia o la naturaleza de la categoría “derechos fundamentales”, sólo nos interesa saber cuál es la regulación que cada orden jurídico en estudio desarrolla de los mismos. Para ello, se impone necesariamente un análisis comparado. En segundo lugar y con objeto de limitar la investigación, hemos restringido la

comparación al nivel de las fuentes constitucionales. La razón es simple, no es posible abordar un estudio comparado de los quince órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, del sistema de protección de derechos instaurado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante CEDH) y del propio orden jurídico comunitario, abarcando en el estudio las fuentes constitucionales (y convencionales) que reconocen y protegen los derechos fundamentales, más toda la legislación de desarrollo derivada (en el contexto nacional: leyes, reglamentos, jurisprudencia de los Tribunales ordinarios y, en su caso, constitucional; o en el comunitario directivas, reglamentos comunitarios, decisiones, jurisprudencia del TJCE, así como recomendaciones y dictámenes...).

Ahora bien esta limitación necesaria en cuanto a las fuentes de referencia, no irá acompañada de una limitación en el estudio de las distintas categorías de derechos fundamentales. Así, no sólo los derechos “clásicos” constituirán el objeto de nuestro estudio, sino también (y muy especialmente) los derechos “sociales”. Asimismo, prestaremos una especial atención a la perspectiva de género y a la necesidad de promover medidas transversales tendentes a favorecer una igualdad laboral, social, política... real que permita a la mujer equiparar su situación respecto a la del hombre.

### **C) Precisiones en cuanto a los órdenes jurídicos de referencia**

Conviene precisar, ya desde un principio, que somos conscientes de que la técnica de comparación entre sistemas jurídicos diferentes exige el conocimiento profundo de los órdenes jurídicos

objeto de la comparación<sup>17</sup>. En la presente investigación, los sistemas a comparar son nada menos que los de los quince Estados miembros de la Unión europea. Evidentemente, ni contamos con los conocimientos necesarios para ahondar en el estudio de todos y cada uno de estos órdenes jurídicos, ni tampoco es nuestra intención hacerlo. Por consiguiente, con carácter general, advertimos que la metodología utilizada a lo largo de este estudio se limitará a abordar las cuestiones a tratar de forma global para todos los Estados miembros con objeto de mostrar lógicamente la línea de argumentación que defendemos en la presente tesis.

Por otra parte, pudiera parecer que reducir el estudio del patrimonio constitucional europeo a los principios compartidos por los quince órdenes jurídicos de los Estados miembros constituye una aproximación muy simplista a la cuestión. En efecto, así es. No obstante, tiene una explicación. La primera y fundamental es que esta investigación constituye un ejercicio de comparación realizado en diferentes niveles: el primero de ellos entre los propios órdenes jurídicos de referencia (“los quince”) y el segundo nivel con el CEDH. Estos dos son los pasos previos necesarios para acometer el tercero consistente en comprobar las convergencias y divergencias del patrimonio común de los quince Estados miembros en materia de declaración y protección de los derechos fundamentales con la regulación dada por el orden jurídico comunitario en este ámbito concreto.

---

<sup>17</sup>Seguimos en este punto el razonamiento expuesto por TENORIO SÁNCHEZ, P.J., en *Introducción al Derecho constitucional comparado*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM, Madrid, 1997, concretamente en pp. 14 y 15.

En definitiva, se trata de saber si la organización supra-estatal que engloba a los quince Estados miembros de referencia, respeta ella misma en su estructura y actuaciones, los principios básicos que ordenan las estructuras de los mencionados Estados. Sin embargo, no pretendemos establecer un inventario de derechos concretos, sino definir los principios globales que conformarían el patrimonio europeo de los derechos humanos, con objeto de compararlos con los principios que inspiran al orden jurídico comunitario, y extraer posteriormente las convenientes conclusiones. Por tanto, la elección de los quince órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea no es en absoluto casual.

Sin duda las adhesiones sucesivas de nuevos Estados a la Unión aportarán nuevos elementos al patrimonio constitucional europeo pero, en el sentido inverso, el respeto de los elementos que configuran el patrimonio compartido por “los quince” constituye la exigencia principal para admitir las candidaturas de los nuevos Estados. Por tanto, entendemos que la limitación del estudio a estos quince órdenes jurídicos de referencia está más que justificada.

#### **D) Precisiones en cuanto al orden jurídico receptor**

La naturaleza jurídica de la Unión Europea no resulta fácilmente identificable. Ciertamente, no se trata de una estructura estatal, si bien tampoco responde a la configuración característica de una organización internacional “clásica”. Sin duda la comprensión de los presupuestos que inspiran a la organización comunitaria adquiere una importancia esencial en el marco de la presente investigación. ¿Cómo sino sería posible abordar el paso final, y objeto de esta tesis, de comparar el “patrimonio europeo de los derechos humanos” compartido por los

ordenamientos jurídicos de los quince Estados de la Unión, con la regulación en la materia establecida por el orden jurídico comunitario? Ciertamente, si los elementos de una comparación no responden a la misma naturaleza no cabe tratarlos del mismo modo ya que se obtendrían conclusiones erróneas.

Así, a título de ejemplo para mostrar gráficamente a qué nos referimos baste con citar un principio derivado del Estado de Derecho comúnmente aceptado por los quince Estados miembros : la separación de poderes. Cada Estado desarrolla este principio dando lugar a regímenes parlamentarios, presidenciales, “semi-presidenciales”, pero al margen de sus concretas materializaciones, todos ellos conservan la idea que inspira a la separación de poderes (reparto de funciones entre los poderes para evitar la concentración de poder, correspondiendo a cada uno de los poderes determinadas atribuciones). Afirmar que para ser conforme al principio de separación de poderes, común a todos los Estados miembros, la Unión Europea debería organizar sus poderes atendiendo a esta estructura, sería simplemente absurdo. Este error, se derivaría de tratar del mismo modo a las estructuras estatales y a la comunitaria, cuando en absoluto son equiparables.

Por consiguiente, el ejercicio comparativo entre los elementos identificativos del “patrimonio constitucional europeo” y el orden jurídico comunitario no es ni mucho menos una acción automática. Bien al contrario, exige el conocimiento detallado de los principios que definen el orden jurídico comunitario para poder adaptar el patrimonio constitucional a las necesidades, objetivos y fines del orden jurídico comunitario. Precisamente es en este punto donde radica la principal dificultad de esta investigación y éste es el motivo que exige que una

buena parte del estudio se centre en apreciar la esencia que define a este último ordenamiento jurídico.

En definitiva, a pesar de que el presente análisis aborda la conformación de los principios del patrimonio constitucional europeo desde los órdenes jurídicos de referencia, la perspectiva del estudio apreciado en su globalidad, no es sino la del orden jurídico receptor. Ciertamente, nuestras conclusiones tienden a conseguir transformar este orden con objeto de hacerlo más conforme a las exigencias de los principios extraídos de las estructuras nacionales, pero únicamente admitimos esta transformación si el resultado de la misma respeta la esencia, objetivos y finalidades de la Unión Europea. Así expuesto, la dificultad radica en identificar cuál es la esencia del complejo orden jurídico comunitario y hasta qué punto pueden transformarse los presupuestos que lo caracterizan.

## II.- La forma: un esfuerzo por lograr la coherencia interna

La estructura de una investigación constituye su soporte, pero en este caso además será la base que otorgue coherencia al estudio. Los contenidos que se abordarán a lo largo de la presente tesis son ciertamente heterogéneos, por lo que se hace preciso encontrar el modo de conectarlos adecuadamente. Del mismo modo, la estructura de la tesis tendrá que adaptarse a las exigencias formales que exige la elaboración de una tesis doctoral en Francia<sup>18</sup>. Por ello, hemos

---

<sup>18</sup>Las tesis doctorales jurídicas en Francia deben responder a una estructura formal estricta. Deben necesariamente, y salvo excepciones muy justificadas, dividirse en dos partes que a su vez se componen de dos títulos, divididos igualmente en dos capítulos conformados cada uno de ellos por dos secciones que también deben dividirse en diferentes epígrafes. Las dos partes de la tesis deben estar equilibradas, es decir, deben componerse de aproximadamente el mismo número de páginas. La necesidad de seguir el plan francés impone

procedido a una división de la investigación en dos partes que se corresponden con el estudio de los *órdenes jurídicos de referencia* (Primera parte) y del *orden jurídico receptor* (Segunda parte). Cada una de ellas se divide a su vez en dos Títulos

Finalmente, nos gustaría realizar una última precisión de orden metodológico con relación a la “ciencia comparativa” que se utilizará a lo largo de la presente investigación. En este sentido, compartimos el carácter fundamental que algunos autores atribuyen al Derecho comparado especialmente en lo que se refiere al estudio del Derecho comunitario. Ciertamente, “el Derecho comparado está en la base misma de la creación del Derecho comunitario”<sup>19</sup> y por ello, sólo un ejercicio de Derecho comparado nos permitirá apreciar en qué elementos se centran las convergencias y las divergencias de los distintos órdenes constitucionales nacionales, e igualmente si este “patrimonio” (y en qué medida) ha sido realmente asimilado por el orden jurídico comunitario. En el marco del presente estudio, éste sería justamente el objeto de la tesis o, en palabras de M. CAPELLETTI, el

---

necesariamente una estructuración de los contenidos que debe desarrollarse de manera global, teniendo en cuenta la tesis en su conjunto. De este modo, cualquier modificación en los contenidos de una parte de la tesis impone un reequilibrio; lo que exige, por tanto, una modificación de su estructura. La importancia que se otorga a la estructura de la tesis en Francia hace que todo el contenido gire en torno a ella. Las dificultades que ocasiona al investigador alcanzar una estructura que permita apreciar el contenido de la tesis que se pretende defender, son difíciles de resumir. Baste con señalar que sólo tras haber estudiado a fondo tanto los contenidos que se desarrollarán en la tesis, como otros muchos que finalmente se descartan, es posible determinar la estructura de la investigación. Una vez se fija el “plan de tesis”, la estructura guía y al mismo tiempo limita al investigador.

<sup>19</sup>Ver GONZÁLEZ-VARAS, S., “El Derecho comparado”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 50, enero-abril 1998, p. 154. Ver igualmente TALLON, D., “Droit communautaire et droit comparé”, *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*. Tomo II, L.G.D.J., 1972, p. 943 y MERTENS DE WILMARS, J., “Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes”. *Journal des Tribunaux*, nº. 5573, 1991, p. 37 y s.

*tertium comparationis* sin el cual cualquier investigación comparativa carecería de significado<sup>20</sup>. Ahora bien, la técnica comparativa exige (y fundamentalmente en un estudio de las dimensiones materiales que abarca éste), una necesaria simplificación de los contenidos. El profesor DELPÉRÉE acertadamente observa que un trabajo de investigación que se apoya en la ciencia comparativa “debe con la prudencia necesaria, intentar superar las realidades circunstanciales o los particularismos nacionales para referirse a modelos o prototipos...”<sup>21</sup>.

En este contexto, el ejercicio de comparación que presentamos a continuación tratará de alcanzar conclusiones precisas a partir de un estudio riguroso de los órdenes jurídicos de referencia y del orden jurídico receptor pero, sobre todo, intentará mantener, en la medida de lo posible, la “prudencia necesaria” para evitar que el estudio desborde los objetivos a cuya búsqueda se consagra esta tesis.

La lectura de *Moral a Nicómano* de Aristóteles nos recuerda que en el término medio está la virtud<sup>22</sup>; así trataremos de seguir este “consejo aristotélico” intentando que el presente estudio no adolezca de un exceso de cobardía en la expresión de nuestras opiniones, pero prestando especial cuidado en no caer en la temeridad. Ciertamente, la búsqueda del justo equilibrio, exigirá sin duda el empleo de toda la prudencia que podamos reunir.

---

<sup>20</sup>Ver CAPELLETTI, M., *Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*. Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 20 y 21.

<sup>21</sup>Cfr. DELPÉRÉE, F., “A propos de la journée d’études sur la saisine du juge constitutionnel”. En *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*. Bruylant, 1998, p. 16.

<sup>22</sup>Ver ARISTÓTELES, *Moral a Nicómano*, Austral, 7ª edición, Madrid, 1995, Capítulo VI. “De la naturaleza de la virtud”, pp.108 y s.

Para concluir, quiero manifestar mi profundo agradecimiento a todas las Instituciones que me han permitido desarrollar y completar mi trabajo de investigación desde sus inicios, en octubre de 1997, hasta su conclusión en mayo de 2002: El *Centre d'Etudes et des Recherches Comparatives Constitutionnelles et Politiques* (C.E.R.CO.P) de la Universidad de Montpellier; el *Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya*; el *Amsterdam Centre for International Law* de la Universidad de Amsterdam; el *Departamento de Derecho Público* de la Universidad Católica de Lovaina; el *Servicio Jurídico del Parlamento europeo*, en Bruselas; el *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en Luxemburgo; el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* y el *Departamento de Publicaciones del Senado* español en Madrid; así como los *Centros de Documentación Europea* de la Comunidad de Madrid y de ESADE-Facultad de Derecho (Universidad Ramón Llull) de Barcelona. Sin la colaboración de profesores, documentalistas y personal administrativo de estas Instituciones, esta tesis no hubiera podido completarse.

De igual modo, me gustaría dejar constancia de mi agradecimiento a mis directores de tesis, los profesores Dominique Rousseau (Universidad de Montpellier I) y Teresa Freixes (Universidad Autónoma de Barcelona), así como a los profesores Francis Delpérée (Universidad Católica de Lovain-la-Neuve) y Tom Eijsbouts (Universidad de Amsterdam). También quiero agradecer al Exmo. Sr. D. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, su amable invitación que me permitió conocer *in situ* el funcionamiento de esta Institución comunitaria.

Finalmente, no puedo concluir sin expresar mi agradecimiento a todas los organismos públicos y privados que han contribuido

financieramente a sufragar la presente investigación: la *Comisión europea* (beca Marie Curie); el *Parlamento europeo* (beca Robert Schuman); el Ministerio de Asuntos Exteriores español y muy especialmente la Fundación “Ramón Areces”.

## PRIMERA PARTE

Derechos nacionales, Derecho internacional y  
Derecho comunitario: tensiones e influencias recíprocas  
relevantes para la definición del patrimonio constitucional  
europeo

“Que el nacionalismo haya sido una forma de identidad privilegiada es un hecho que no ponemos en duda. Pero, ¿estamos en el camino de una superación de esta forma de identidad?”<sup>23</sup>

La yuxtaposición de órdenes jurídicos diversos origina un complicado entramado de relaciones que se traduce, en última instancia, en una pugna de los Estados por mantener su soberanía. Precisamente los Estados son, con carácter general, los destinatarios de las normas de Derecho internacional<sup>24</sup> y es a ellos a quienes corresponde dotar a estas disposiciones de *eficacia real*<sup>25</sup> en sus respectivos órdenes jurídicos.

---

<sup>23</sup>Cfr. BERTEN, A., “Identité européenne, une ou multiple. Réflexion sur les processus de formation de l’identité”. En *L’Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, (dir. LENOBLE, J., DEWANDRE, N.). *Esprit*, 1992, p. 88.

<sup>24</sup>Sin perjuicio de que ciertas normas de Derecho internacional puedan desplegar efecto directo. Respecto al efecto directo de las normas comunitarias nos remitimos al estudio específico que sobre este particular desarrollaremos en la segunda parte de esta investigación.

<sup>25</sup>El profesor PASTOR RIDRUEJO, J.A. describe las relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos internos destacando que “la eficacia real del primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los Derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto”. *Curso de Derecho internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 4ª edición, Madrid, 1992, p. 189.

El Derecho comunitario se distancia claramente en este punto del Derecho internacional "clásico". No cabe duda que la Unión europea es una organización internacional, sin embargo, las relaciones existentes entre el orden jurídico comunitario y los órdenes jurídicos de los Estados miembros son bien distintas de las que se presentan entre éstos y las organizaciones internacionales "clásicas". La Unión europea cuenta con un sistema institucional permanente, completo y autónomo. Un sistema que crea normas cuyo incumplimiento genera sanciones que el propio sistema comunitario se encarga de imponer mediante procedimientos que no sólo generan la responsabilidad internacional de los Estados sino que conllevan verdaderas sanciones jurídicas<sup>26</sup>.

Sin entrar en estos momentos en mayores distinciones<sup>27</sup>, nos interesa destacar que al margen de las características propias de los órdenes constitucionales estatales, del Derecho internacional y del Derecho comunitario, en la práctica todos ellos confluyen pudiendo provocar conflictos en cuanto a la norma aplicable. Pero además, en lo

---

<sup>26</sup>Baste con señalar que la Comisión en su función de velar por el cumplimiento de las normas comunitarias en los Estados miembros (art. 211 TCE) desarrolla una meticulosa función de vigilancia de las posibles infracciones del Derecho comunitario tanto por parte de los Estados miembros como por los particulares. Esta función de la Comisión se complementa con la labor de control ejercida por el poder judicial comunitario (art. 220 TCE), a través del Tribunal de Primera Instancia (TPI) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) mediante un sistema de recursos de diversa naturaleza: cuestión prejudicial (art. 234 TCE), recurso por incumplimiento (arts. 226 y s.TCE), recurso en anulación (art. 230 TCE), etc.

<sup>27</sup>Para una exposición detallada de la naturaleza específica del Derecho comunitario y de sus diferencias respecto al Derecho internacional clásico, nos remitimos a los manuales de Derecho comunitario. Entre muchos otros destacamos los de ABELLÁN, V. y VILÀ, B., *Lecciones de Derecho comunitario europeo*. Ariel, Barcelona, 1993; ALONSO GARCÍA, E., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Unión Europea*. Colección CEURA, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1994; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA y otros, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Eurolex, 1996; ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*. Ariel Derecho, Barcelona, 3ª. edición española, 1995; LOUIS, J-V, *L'ordre juridique communautaire*. OPOCE, 6ª. edición puesta al día, 1993; MANGAS, A., *Derecho comunitario europeo y derecho español*. Tecnos, Madrid, 2ª. edición, 1987.

que a nuestro estudio interesa, propician influencias recíprocas que constituirán el objeto de la primera parte del presente análisis.

En efecto, los Derechos nacionales, el Derecho internacional y el Derecho comunitario ejercen entre sí influencias recíprocas que se perciben en una doble vertiente. Por un lado, los Derechos nacionales de los Estados miembros encuentran en el Derecho internacional una importante fuente de armonización que se traduce en uniformación cuando analizamos la influencia derivada del respeto de los principios de primacía y de efecto directo que caracterizan a la norma comunitaria<sup>28</sup>. Pero, por otro lado, la influencia entre órdenes jurídicos también se produce en el otro sentido. Así, resulta especialmente importante la influencia “constitucionalizadora” que los órdenes jurídicos nacionales ejercen en el Derecho comunitario, lo que deja apreciar en este orden trazos propios del constitucionalismo clásico.

Con la intención de obtener una visión global de los efectos que las diversas fuentes tanto nacionales (Título 1) como internacionales (Título 2) han ejercido en el proceso de armonización de los Derechos de los Estados miembros, -y más concretamente en lo relativo a la declaración y protección de los derechos fundamentales-, nos proponemos analizar a continuación aquellos elementos que según nuestra opinión podrían conformar el denominado “patrimonio constitucional europeo”.

---

<sup>28</sup>Como acertadamente apunta DELMAS-MARTY, M., en *Pour un Droit Commun*. La librairie du XXème siècle. Seuil, 1994, “armonización no quiere decir unificación”, p.240. Así, con carácter general, puede decirse que mientras que la acción del Derecho internacional clásico en los órdenes jurídicos nacionales produce un “efecto armonizador”; en el orden jurídico comunitario, puede hablarse de “unificación” o “uniformación”.

# TITULO I

La existencia de principios constitucionales comunes a los Estados miembros. La prueba de la existencia de un patrimonio constitucional europeo

En este título nuestro estudio se centrará, en un primer momento, en la búsqueda y, posteriormente, en el análisis de los tres principios esenciales que entendemos conforman el patrimonio constitucional europeo. En el primer capítulo dos de ellos, la democracia y el Estado de Derecho, constituirán el objeto de la investigación. Sin una aproximación a su significado y repercusión en el conjunto del ordenamientos jurídicos estatales no podría abordarse el análisis específico del principio concreto objeto de la presente tesis: la declaración y protección de los derechos fundamentales (principio al que consagraremos el segundo capítulo de este título).

Así formulado el estudio resultaría ciertamente amplio y, en todo caso, excedería largamente de nuestras pretensiones. Por ello, con objeto de delimitar el alcance de la presente investigación, dos importantes reservas deben ser expuestas. En primer lugar, subrayamos la naturaleza *constitucional* de las fuentes que utilizaremos en este primer Título. Sólo las convergencias y divergencias que aparezcan en las *normas materialmente constitucionales*<sup>29</sup> nos servirán de referencia. Las demás fuentes quedarán, por tanto, fuera del estudio. En segundo lugar advertimos que, en ningún caso, pretendemos agotar el análisis de las instituciones jurídicas a las que aludimos; nuestro objetivo se limita a

---

<sup>29</sup>Ver MORTATI, C., *La Costituzione in senso materiale*. Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Pubblico e di Legislazione Sociale della R. Università di Roma. Milán, 1940, donde el autor examina las principales teorías que definen la idea de “constitución material” (capítulo I), centrándose posteriormente en la naturaleza y el contenido de la constitución material (capítulo II) así como de su función (capítulo III).

extraer aquellos principios constitucionales generales que son comunes a los Estados miembros de la Unión. Las regulaciones concretas de cada Estado serán utilizadas solamente como parámetro necesario para definir el contenido y alcance del principio general<sup>30</sup>.

Centrándonos en los elementos constitucionales convergentes, desde una primera aproximación ya podemos apreciar la total adhesión de los órdenes internos de los Estados miembros a los principios de democracia, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos. Principios, todos ellos, que inspiran la actividad del Consejo de Europa (ver infra Título II). Sin embargo, esta primera aproximación ha de ser admitida con prudencia ya que la práctica demuestra que a medida que descendemos en las concretas regulaciones jurídicas estatales, las convergencias en principios básicos se diluyen transformándose incluso en divergencias insalvables.

De este modo, en este primer título limitaremos el estudio a los principios abstractos y formales<sup>31</sup> que siguiendo a J. HABERMAS se encuentran en el origen de “*un patriotismo constitucional europeo*”<sup>32</sup> y se deben enlazar “...a principios jurídicos universalistas únicos a partir de perspectivas diferentes impregnadas por las historias nacionales”<sup>33</sup>.

La primera gran dificultad a la que nos enfrentamos es identificar los principios constitucionales comunes. El criterio elegido para alcanzar a definirlos pasa por acudir a un Texto internacional especialmente

---

<sup>30</sup>Estas cuestiones han sido objeto de interesantes estudios monográficos a los que a lo largo de la exposición nos iremos remitiendo.

<sup>31</sup>Utilizando la misma fórmula empleada por CAMPS, V., “L’identité européenne, une identité morale”. En *L’Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, (dir. LENOBLE, J., DEWANDRE, N.). Esprit, 1992, p. 100. Destacando, no obstante, que la autora utiliza “valores” en vez de “principios”.

<sup>32</sup>Según la definición dada por el *Dictionnaire de la Pensée politique*, el “patriotismo constitucional” es una “forme du patriotisme où la loyauté est dirigée vers la Constitution d’un Etat de droit et non vers la communauté ou le peuple”. COLAS, D., *Dictionnaire de la Pensée politique*. LAROUSSE, 1997.

<sup>33</sup>Cfr. HABERMAS, J., “Citoyenneté et identité nationale”. En *L’Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, op. cit, p. 38.

relevante en esta materia. El Texto en cuestión, para que sirva a nuestro propósito, ha de haber sido suscrito por la totalidad de los 15 Estados miembros de la Unión y además, sobre su contenido general no se han de suscitar reservas que diluyan su alcance. Atendiendo a estas exigencias previas, consideramos que este Texto no puede ser otro que el Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949. En él encontramos el fundamento que buscamos cuando en su Preámbulo establece claramente como *principios jurídicos universales* reconocidos por los europeos y de los que se derivarían seguidamente los demás: “los principios de libertad individual, de libertad política y de primacía del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda verdadera democracia”<sup>34</sup>.

Sin embargo, el Estatuto del Consejo de Europa no agota en su redacción todos los principios jurídicos universales compartidos por los Estados. No debe olvidarse que junto a los principios “clásicos” que contiene este Instrumento internacional, otros principios han manifestado su naturaleza fundamental con posterioridad a 1949. Así, el respeto de los derechos sociales se configura en la actualidad como una exigencia impuesta por los ciudadanos europeos en cada uno de sus Estados y en la Comunidad europea, por lo que debe ser considerado, igualmente, como elemento del patrimonio común europeo. Esta circunstancia se desprende del tratamiento que otorgan a los derechos sociales tanto las Constituciones estatales de los 15 Estados miembros<sup>35</sup> y el Consejo de Europa<sup>36</sup>, como la propia Unión europea<sup>37</sup>.

Teniendo en cuenta este contexto, a efectos metodológicos el

---

<sup>34</sup>Preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa, de 5 mayo 1949.

<sup>35</sup>A título de ejemplo, destacamos los artículos 75 y 76 de la Constitución danesa; 28, 39, 40 a 45, entre otros de la Constitución española; los derechos sociales contenidos en el Preámbulo de la Constitución de 1946 en Francia; art. 58, 59, 63 a 74 entre otros de la Constitución portuguesa, etc.

<sup>36</sup>En el ámbito del Consejo de Europa destaca la Carta Social Europea firmada en Turín en 1961.

<sup>37</sup>En el marco comunitario puede citarse la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales, de 9 de diciembre de 1989.

estudio se estructurará en tres bloques distintos que agruparán los principios que componen el patrimonio constitucional común europeo: la democracia, el Estado de Derecho y la declaración y protección de los derechos fundamentales. Dentro de este último apartado, a cuyo estudio específico se dedica nuestro análisis, no nos limitaremos sólo a una aproximación de los derechos denominados "clásicos", sino también a los sociales y particularmente al principio de igualdad entre hombres y mujeres.

## Capítulo 1

### Convergencias y divergencias entre los órdenes constitucionales de los Estados miembros: La democracia y el Estado de Derecho como principios esenciales del patrimonio constitucional europeo

Los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados miembros de la Unión europea presentan características propias que permiten singularizarlos y diferenciarlos entre sí. Sin negar esta evidencia, es justo subrayar igualmente que en los quince órdenes jurídicos en estudio concurren numerosas similitudes, tanto al nivel de los principios inspiradores de los órdenes constitucionales estatales, como de ciertas instituciones jurídicas nacionales<sup>38</sup>.

En este primer capítulo, la presente investigación se enfrenta al estudio de dos nociones extremadamente complejas: la democracia y el Estado de Derecho. Ambas han sido objeto de numerosos análisis doctrinales elaborados desde tiempos remotos y ambas también han generado incontables polémicas y debates. En el marco de este estudio, las dificultades que plantean estas nociones no son tanto la complejidad inherente a cada una de ellas, sino su necesario tratamiento parcial en una tesis doctoral que no se consagra más que colateral y parcialmente a su estudio. Ahora bien, aunque ni el estudio de la democracia ni del Estado de Derecho constituyen el objeto de esta investigación, su análisis resulta imprescindible en cuanto ambos, junto con la protección de los derechos fundamentales, constituyen el marco referencial en el que se sostiene toda nuestra investigación. Bien es cierto que lo que nos interesa es determinar cuál ha sido la materialización práctica de estos tres principios en los órdenes jurídicos de los quince Estados miembros

---

<sup>38</sup>En este mismo sentido se pronuncia ALONSO GARCÍA, R., cuando afirma que “ante una aparente diversidad jurídica general, habrá que invertir los términos del proceso, y, a partir de las diferencias de detalle, ir extrayendo por método de abstracción posibles puntos en común entre las distintas reglas a medida que éstas van siendo desprovistas de su detallismo final”. En *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Cívitas. Madrid, 1989, p. 242

en estudio y en el orden jurídico comunitario, pero para ello, se hace preciso previamente un acercamiento a la definición misma de cada uno de ellos.

En cualquier caso, reiteramos que tanto la aproximación al concepto de democracia, como al de Estado de Derecho, será conscientemente parcial. Trataremos aquellos aspectos fundamentales que caracterizan a estas dos nociones para centrarnos posteriormente en ciertos elementos que entendemos son especialmente relevantes para el objeto de la investigación. Precisamente la lectura global de esta tesis permitirá poner en conexión los elementos abordados en esta primera parte con los de la segunda; facilitando una aproximación desde su definición y aceptación en los órdenes jurídicos constitucionales hasta su asimilación y carencias en el comunitario. En este marco debe entenderse el tratamiento de la democracia (sección 1) y del Estado de Derecho (sección 2) que desarrollaremos en este primer capítulo.

## Sección 1: La democracia en Europa: el elemento clave

En nuestros días, resulta perfectamente apreciable la adhesión unánime de todos los Estados de la Europa occidental a los principios característicos de una sociedad democrática. El sistema democrático, si bien no es perfecto<sup>39</sup>, resulta el régimen político dominante en la totalidad de los Estados pertenecientes a la Unión europea. No en vano el término “democrático” aparece explícitamente recogido, entre otros, en los artículos 1 de la Constitución francesa de 1958, de la Constitución italiana de 1947, de la Constitución austriaca de 1929 y de la Constitución española de 1978. Igualmente el carácter democrático del Estado se reconoce en el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en el artículo 2 de la Constitución portuguesa de 1976.

De igual modo, los Gobiernos signatarios proclaman en el Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (a continuación CEDH), firmado en Roma en 1950 “su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político *verdaderamente democrático*,...”. Esta intención del Preámbulo se plasma claramente en el conjunto del Convenio. Además, el Tribunal de Estrasburgo ha encontrado en numerosas ocasiones la oportunidad de precisar el contenido de la cláusula de “sociedad democrática” contenida en los artículos 6, 8, 9, 10 y 11 del CEDH, y mediante la extrapolación de estas precisiones con un

---

<sup>39</sup>Como afirma BOBBIO, N., "La democracia no goza, en el mundo, de óptima salud, aunque, por lo demás jamás gozó de ella en el pasado, si bien no se halla al borde de la tumba". *El futuro de la democracia*. Plaza & Janes editores, Barcelona, 1985, p. 9. Una justificación de la "mala salud" consustancial a la propia noción de democracia la encontramos en el comentario de GEREMEK, B., que constata que "la democracia, incluso la más arraigada, la más sólida, siempre estará amenazada. Porque la democracia es por definición, por excelencia, un régimen débil que se defiende mal. Los sistemas no democráticos, autoritarios, son siempre más fuertes", *La democracia en Europa*. Alianza editorial, 1993, p. 110

alcance más general, ha contribuido a fijar las bases mismas de la noción europea de “democracia”<sup>40</sup>.

En el ámbito comunitario, la cuestión del “déficit democrático” de la Unión europea ha hecho correr ríos de tinta<sup>41</sup>. Tanto, que es posible afirmar que este déficit constituye una de las razones principales que exige la transformación global del sistema comunitario hacia regulaciones más acordes con la concepción de democracia compartida por los Estados miembros (ver infra segunda parte, título 2, capítulo 1, sección 1). Precisamente el objeto del presente estudio será determinar qué contenidos deben abarcar las transformaciones de la Unión europea para que su estructura y funcionamiento se adecue a las exigencias impuestas por la democracia en cuanto principio esencial del patrimonio

---

<sup>40</sup>Son abundantes las sentencias del Tribunal de Estrasburgo alusivas a la democracia. Entre las más célebres citaremos: *las sentencias Lawless*, de 14 noviembre 1960, *serie A, n.º 1*; de 7 abril 1961, *serie A, n.º 2*; de 1 julio 1961, *serie A, n.º 3*, *la sentencia relativa a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, de 23 julio 1968, *serie A, n.º 6*; *la sentencia Delcourt*, de 17 enero 1970, *serie A, n.º 11*; *la sentencia Handyside*, de 7 diciembre 1976, *serie A, n.º 24*; *la sentencia Klass*, de 6 septiembre 1978, *serie A, n.º 28*; *la sentencia Sunday Times*, de 27 octubre 1978; *la sentencia Airey*, de 9 octubre 1979, *serie A, n.º 32*, *la sentencia Dudgeon*, de 22 octubre 1981, *serie A, n.º 45*, entre otras.

<sup>41</sup>Entre las muchas obras que tratan esta materia destacamos, FREIXES, T; “La Europa de los ciudadanos después del euro”. En, *El desafío de Europa*. Ediciones del Bronce, Barcelona 1998; ROUSSEAU, D.; FREIXES, T. (entre otros), “Pour une Constitution européenne”, *Le Monde*, 5 mayo 1998; BECERRO, A., “La Unión Europea frente a la ampliación: estrategias y reforma”. *Cuadernos Europeos de Deusto* n.º.15, 1996; CLOSA, C., “La ampliación de la Unión Europea y sus efectos sobre el proceso de integración”. *Revista de Estudios Políticos, monográfico sobre la integración europea ante la reforma de 1996*, oct.-dic. 1995; LODGE, J., “Legitimidad democrática y el Parlamento Europeo”. *Revista de Estudios Políticos, monográfico sobre la integración europea ante la reforma de 1996*, oct.-dic. 1995. LOUIS, J-V. y WAELBROECK, (dir.), *La Commission au coeur du système institutionnel des Communautés Européennes*. Institut d’Études européennes, Université Libre de Bruxelles, 1989, 2ª. edición; MANGAS, A., “La reforma institucional en el Tratado de Amsterdam”. *Revista Derecho comunitario europeo, 3 año 2 enero-junio 1998*. Centro de Estudios políticos y Constitucionales; NOËL, E., *Les institutions de la Communauté européenne*. Documentation européenne, 1993; PÉREZ DE LAS HERAS, B., “La reforma institucional: hacia una mayor legitimidad democrática y transparencia”. *Cuadernos Europeos de Deusto* n.º.15, 1996.

constitucional común europeo. Sin duda todos los órdenes jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Unión se fundamentan en el respeto de la democracia, pero ¿todos los Estados miembros y la propia Unión europea poseen una misma comprensión del vocablo "democracia"? Sólo una respuesta a esta cuestión nos permitirá conocer concretamente qué exigencias impuestas por la democracia son *comunes* a todos los sistemas constitucionales europeos.

A) Los orígenes de la democracia y su evolución: la noción de democracia comprendida en el patrimonio constitucional europeo

La complejidad del estudio de la democracia aparece desde el momento mismo en que intentamos definirla. Desde sus orígenes en el siglo V a. C. hasta nuestros días, el concepto de democracia ha constituido el centro de numerosos debates sobre su propio significado, sobre su materialización práctica, sobre los elementos que la caracterizan, sobre sus bondades y defectos y también, desde luego, sobre su crisis. Definiciones ha habido muchas, desde la clásica "gobierno (o reino) del pueblo", hasta otras más provocadoras como la que nos ofrece G. SARTORI que califica la democracia como "el nombre pomposo de algo que no existe"<sup>42</sup> o incluso hay quien entiende como G. VEDEL que en el fondo la "democracia es (...) una noción vaga"<sup>43</sup>. En cualquier caso, el concepto de democracia se presta a "la multivocidad y a la dispersión"<sup>44</sup> por lo que encontrar una definición omnicomprendiva de democracia en primer lugar y, en segundo, aquélla que con mayor claridad describa la realidad de todos y cada uno de los quince Estados miembros de la Unión europea, resulta una tarea mucho más complicada de lo que en un primer momento pudiera parecer.

---

<sup>42</sup>Cfr. SARTORI, G., *Théorie de la démocratie*. Armand Colin, trad. franc. 1973, p. 3.

<sup>43</sup>Ver, VEDEL, G., *Droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 248.

<sup>44</sup>Ver SARTORI, G. *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*. Alianza Universidad, trad. español 1988, p. 21.

En efecto, el hecho de que el vocablo "democracia" se utilice ya no sólo en un contexto jurídico-político, sino en el propio lenguaje común<sup>45</sup> hace que su significado preciso quede diluido en consideraciones imprecisas carentes, en ocasiones, de fundamento propio. A esta imprecisión, originada por una utilización no técnica de este vocablo, se une su empleo justificador de sistemas de naturaleza diversa: las bondades de la democracia hacen que muchos sistemas políticos no duden en auto-calificarse de "democráticos" por sus propios dirigentes "demócratas". Así, asistimos a la conformación de una noción de democracia "a la carta" que, desdibujada en sus contornos, no puede más que fomentar confusión conceptual.

Por si esto no fuera ya poco complicado, acometer la función de definir "democracia" cuenta además con una dificultad suplementaria: una cosa es lo que la democracia *debe ser* y otra bien distinta lo que *es*. Definir el *deber ser* no plantea demasiados problemas, bastaría una aproximación como la que nos ofrece el *Dictionnaire de la Pensée politique* que define "democracia" como el "régimen político en el que el poder (cratos) pertenece al pueblo (demos) entendido como el conjunto de los ciudadanos"<sup>46</sup>, o la clásica "gobierno del pueblo por el pueblo para el pueblo". Ahora bien, el paso del deber ser al *ser*, es decir, la materialización práctica de la idea de democracia, permite apreciar la imposibilidad real de aplicar los presupuestos teóricos establecidos en la Grecia Antigua sin modificar (o quizá desvirtuar) el propio sentido de democracia. Por tanto, las tensiones entre el *deber ser* y el *ser* de la democracia afectan (y complican) inevitablemente la búsqueda de una definición real<sup>47</sup>. Resulta innecesario advertir que no es objeto de este

---

<sup>45</sup>Sobre la evolución del sentido de "democracia" desde su percepción positiva hasta la peyorativa y la recuperación de su prestigio inicial en los tiempos contemporáneos, nos remitimos a la obra de REQUEJO COLL, F., *Las democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado del Bienestar*. Ariel, Barcelona, 1990, pp. 11 y s.

<sup>46</sup>Ver COLAS, D., *Dictionnaire de la Pensée politique*. LAROUSSE, 1997, p. 200.

<sup>47</sup>En este sentido nos parecen fundamentales las dos ideas iniciales de las que parte SARTORI, G., primeramente que "el ideal democrático no define la

estudio emprender la tarea de definir “democracia”, como tampoco lo es identificar su representación práctica. Este ejercicio superaría con creces nuestras pretensiones.

Nuestra intención se reduce a acercarnos conceptualmente a los diversos componentes que caracterizan el concepto de democracia en la práctica de los Estados contemporáneos con objeto de deducir posteriormente si la comprensión de cada uno de ellos encuentra un sustrato común en las regulaciones de los quince Estados miembros de la Unión europea (ver infra sección 2 epígrafe B).

Para ello, debemos dejar de lado las múltiples controversias que genera la elaboración de una definición de democracia, para centrarnos en los elementos esenciales que caracterizan al sistema democrático en la práctica contemporánea. El primero de los elementos que estudiaremos afecta a la globalidad del sistema. De hecho, es el que permite materializar la idea democrática en la totalidad de los Estados miembros de la Unión europea: la técnica de la representación (1). El segundo se concentra en el análisis de los instrumentos que permiten canalizar la voluntad popular en los sistemas representativos: los partidos políticos y el derecho de sufragio (2).

#### 1.- La justificación del desarrollo de la democracia representativa y su crisis

Resulta bien sabido que la democracia en la Grecia clásica consistía en la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones que afectaban a la *polis* mediante la realización de debates públicos en el Agora. En el marco de la “democracia directa” los ciudadanos consensuaban las decisiones directamente, sin necesidad de

---

realidad democrática y, viceversa, una democracia real no es ni puede ser una democracia ideal”; y en segundo lugar que “la democracia resulta de, y es conformada por, las interacciones entre sus ideales y su realidad, el empuje del

representantes. Las virtudes de un sistema de este tipo resultan evidentes ya que, en puridad, sólo la participación directa de los ciudadanos en la elaboración de normas permite un control total por parte del pueblo de las decisiones que afectan a la colectividad. De este modo y en términos estrictos, podría entenderse que sólo es democrático el sistema que respete los principios derivados de la democracia directa<sup>48</sup>.

Pero, evidentemente la gran dimensión de los Estados actuales y la extensión de la noción de “pueblo”<sup>49</sup>, han dificultado el desarrollo de una democracia directa. A estas razones se une igualmente el pensamiento de que el pueblo no posee la preparación y prudencia suficiente para gestionar el interés nacional<sup>50</sup>. Resulta, en todo caso, imprescindible idear mecanismos que permitan llevar a la práctica el ideal democrático de participación popular. En este contexto, la técnica de la representación<sup>51</sup>, que si bien ha sido -y es- sumamente criticada, apareció como el elemento indispensable para la realización práctica del sistema democrático, y así se ha impuesto en la casi totalidad de los Estados europeos.

---

*deber y la resistencia del es*”. *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, op. cit., p. 27.

<sup>48</sup>Aunque ROUSSEAU, J.J., afirma que “no ha existido nunca democracia y no existirá jamás”. *Du contrat social. Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*. Libro III, Capítulo IV. Classiques-français, Bookking International, París, 1996, p. 81.

<sup>49</sup>Ciertamente la noción de “pueblo” ha variado desde la Grecia clásica hasta nuestros días. No debe olvidarse que en la cuna de la democracia sólo participaban en la toma de decisiones las personas que tuviesen la condición de ciudadanos. El “pueblo” con derecho a decidir se limitaba a un cierto número de personas ; las demás, aún no participando en la toma de decisiones, eran, por supuesto, receptores de las mismas.

<sup>50</sup>Ver la síntesis de razones que expone en este sentido CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*. Traducción al español Facultad de Derecho/UNAM, Fondo de cultura económica, México, 2ª edición, 1998, pp. 920 y 921.

<sup>51</sup>Ver la reflexión que, a propósito de la crisis de la democracia representativa, realiza el Decano VEDEL, G., en el prólogo de *La démocratie continue*,

La paradoja surge cuando la representación se configura como el único modo de poner en práctica el ideal democrático, si bien es comúnmente admitido que la representación produce, en sí misma, efectos antidemocráticos<sup>52</sup>. Esta es la línea argumentativa seguida por J.J. ROUSSEAU que sostiene que sólo la democracia directa es verdadera democracia. Para este autor, “la soberanía en cuanto ejercicio de la voluntad general, no puede alienarse y el soberano, que no es más que un ente colectivo no puede representarse más que por sí mismo; el poder puede transmitirse, pero no la voluntad”<sup>53</sup>. Por tanto para ROUSSEAU, la utilización de la técnica de la representación desvirtuaría de tal modo la democracia que eliminaría su esencia. Pero lo cierto es que el propio ROUSSEAU no consigue describir un mecanismo que permita la materialización práctica de este modelo.

No obstante, su influencia en la “democratización” de los sistemas representativos es, como veremos, de suma importancia. De hecho, aunque la democracia representativa se ha ido imponiendo progresivamente, “el atractivo de la democracia directa”<sup>54</sup> no ha sido totalmente olvidado como sistema posible en las sociedades actuales gracias, sobre todo, a los avances sufridos por los medios de telecomunicación: la “teledemocracia”<sup>55</sup>. Pero, sin necesidad de recurrir a

---

Coloquio celebrado en Montpellier bajo la dirección de ROUSSEAU, D., Bruylant L.G.D.J., 1995, p. VI.

<sup>52</sup>La crítica fundamental de la representación puede resumirse en palabras de GREWE, C. y RUIZ FABRI, H., del siguiente modo: “la représentation serait une fiction voire une hypocrisie car elle donnerait l’illusion au peuple de posséder le pouvoir tout en permettant de lui ôter aussitôt”. *Droits constitutionnels européens*. P.U.F., 1995, p. 192. En el mismo sentido, ver la interesante reflexión de ROSENFELD, M., en su artículo “Possibilité de la démocratie et déconstruction du droit”. En *La démocratie continue*, op. cit., fundamentalmente p. 96.

<sup>53</sup>Cfr. ROUSSEAU, J.J., Libro II, Capítulo 1, op. cit., p. 39.

<sup>54</sup>Utilizamos la expresión de FISHKIN, J. En *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*. Ariel, 1995, p. 45.

<sup>55</sup>Ibidem, pp. 45 y s. Entre la doctrina española que alude a este tema puede citarse a SÁNCHEZ NAVARRO, A.J., en su artículo “Telemática y democracia” en *Ciudadanos e Instituciones en el constitucionalismo actual*. J. Asensi Sabater (coord.). Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 363 y s, fundamentalmente pp. 371 y s.

técnicas futuristas, es posible constatar que los propios sistemas representativos conservan trazos propios de la democracia directa. Pensamos por ejemplo en el referéndum, la iniciativa popular, el derecho de petición o el plebiscito<sup>56</sup>, que se utilizan a menudo en los sistemas políticos europeos para la adopción de decisiones que exigen un plus de legitimidad democrática.

Por tanto, aunque se admita que la técnica de la representación desvirtúa el concepto ideal de democracia, también se acepta que es el único modo de “ejercitar” la democracia. Aceptando estos presupuestos, todos los esfuerzos se han centrado en desarrollar los mecanismos democráticos que permitan al pueblo, -“a pesar de” la representación-, ejercer y mantener permanentemente la soberanía en su poder. Con frecuencia, sin embargo, estos esfuerzos han sido manifiestamente insuficientes, generando un profundo deterioro del ideal democrático. Ahora bien, debe precisarse que esta crisis de los valores democráticos, aunque afecta directamente a la imagen de la democracia no se debe a una discusión de sus presupuestos, sino a una materialización limitada de sus exigencias<sup>57</sup>.

Limitándonos ahora al análisis de los presupuestos de la democracia representativa, se sabe que ésta nació empíricamente en Inglaterra fruto de la evolución progresiva de su sistema político, si bien sus fundamentos teóricos deben buscarse en los años previos a la Revolución francesa, de los que posteriormente la propia Revolución se

---

<sup>56</sup>Un breve análisis de estos instrumentos de la democracia directa lo encontramos en CAVERO LATAILLADE y ZAMORA RODRÍGUEZ, T., *Introducción al Derecho constitucional*. Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1995, pp. 227 y s.

<sup>57</sup>En este mismo sentido se pronuncia RUBIO CARRACEDO, J., cuando afirma que “...son los excesos de la democracia representativa los que destruyen la fe en la democracia. La crisis no es efecto de un exceso de democracia, sino de sus lamentables limitaciones”. En *¿Democracia o representación?. Poder y legitimidad en Rousseau*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 177.

nutrió<sup>58</sup>. La teoría de la representación de MONTESQUIEU aparece como contrapunto a la construcción de democracia directa de ROUSSEAU; la síntesis de ambas, como afirma L. AGUIAR, se encontrará en el origen de un sistema representativo formado por instituciones de participación directa<sup>59</sup>.

El principio de la representación es simple: dado que el pueblo no puede deliberar y adoptar decisiones directamente, son los representantes por ellos elegidos los que las toman en su nombre. Ahora bien, la relación entre representantes y representados presenta una naturaleza<sup>60</sup> y alcance bien diferente según se derive de un mandato imperativo o representativo<sup>61</sup>. Mientras el mandato imperativo instaura una estrecha relación entre los representantes y *sus* representados que se materializa en la posibilidad de estos últimos de dirigir instrucciones concretas a los representantes que han elegido y pudiendo, en todo caso, revocar el mandato si aquéllos no cumplen las estipulaciones del

---

<sup>58</sup>Como afirma CARRÉ DE MALBERG, R., "...el régimen representativo tiene su punto de partida en el sistema de la soberanía nacional, así como, recíprocamente, el concepto de soberanía nacional conduce esencialmente al Gobierno representativo". Esta consecuencia se deriva directamente, como afirma este autor, de la clásica teoría de la "delegación", clave para la comprensión del Derecho público francés, según la cual las potestades que ejercitan cada uno de los órganos del Estado se fundamenta en una delegación consentida por la Nación. De este modo, "los delegados de la Nación son sus representantes" (p. 916); la Nación soberana pues "ejerce sus poderes mediante sus delegados", es decir sus representantes. *Teoría general del Estado*, op. cit., pp. 914 y s. Esta idea subyace claramente en *¿Qué es el Tercer Estado?*, de SIÈYES, donde el "Tercer Estado" se configura como una Nación completa, Nación cuya voluntad requiere de representantes elegidos por ella, que la representen, Oikos-tau, 1ª edición en castellano, Barcelona, 1989.

<sup>59</sup>Cfr. AGUIAR DE LUQUE, L., *Democracia directa y Estado constitucional*. Revista de Derecho privado, Madrid, 1977, pp. 6 y s.

<sup>60</sup>Como advierte CAVERO LATAILLADE, I. y ZAMORA RODRÍGUEZ, T., "el concepto de representación nace como la consecuencia de un trasvase que se produce desde el Derecho privado al Derecho público". *Introducción al Derecho constitucional*. Editorial Universitas, Madrid, 1995, p. 225.

<sup>61</sup>Sobre el mandato de los diputados y más concretamente sobre la distinción entre mandato imperativo y representativo, destacamos por su claridad y profundidad las consideraciones de CARRÉ DE MALBERG, R., op. cit., pp. 923 y s. Igualmente destacamos, en este sentido AVRIL, P. y GICQUEL, J., *Droit parlementaire*. Montchrestien, París, 1988, pp. 23 y s.

mandato (o lo hacen de manera imperfecta). En el mandato representativo, los elegidos representan a toda la Nación y no exclusivamente a los electores que les han votado. Por tanto, en este tipo de mandato, el pueblo no puede dirigir instrucciones a los representantes o revocar su mandato por incumplimiento del programa político, sino que una vez son elegidos, los representantes únicamente están sometidos “a su conciencia”. En cualquier caso, el mandato imperativo, -vigente sobre todo en la Edad Media<sup>62</sup>-, ha dejado paso al mandato representativo que actualmente se impone en todos los Estados miembros de la Unión europea<sup>63</sup>.

En definitiva, puede afirmarse que hoy en día las instituciones políticas encargadas de elaborar las leyes se componen de representantes elegidos por el pueblo que en nombre de éste van a conformar el destino político de la sociedad. En este marco, y precisamente atendiendo a la prohibición del mandato imperativo, las elecciones democráticas se convierten en el momento principal en que los ciudadanos manifiestan su soberanía. Pero además, las elecciones son el elemento necesario para que el sistema quede legitimado. Dada su importancia, para que una elección merezca el calificativo de democrática debe respetar unos contenidos concretos. Deben ser libres, pluralistas y convocadas periódicamente. Del mismo modo, a ellas deben poder concurrir los ciudadanos sin restricciones de sexo, condición social, raza... La importancia de estos elementos en el sistema democrático y en su crisis exigen un análisis pormenorizado de sus presupuestos al que nos dedicaremos a continuación.

---

<sup>62</sup>Mientras que el mandato imperativo se desarrolla fundamentalmente en la Edad Media, debe esperarse hasta la Revolución francesa para asistir al nacimiento del mandato representativo. CAVERO LATAILLADE y ZAMORA RODRÍGUEZ, T., op. cit., p. 226.

<sup>63</sup>Varias Constituciones no dudan en reconocer expresamente la prohibición del mandato imperativo. A título de ejemplo pueden citarse la Ley Fundamental de Bonn (artículo 38.1); la Constitución española (67.2); la francesa (27); la italiana (67); la luxemburguesa (50); la holandesa (67.3).

## 2.- Las elecciones democráticas: los partidos políticos y el derecho de sufragio, elementos indispensables en los sistemas democráticos contemporáneos

Si bien se acepta comúnmente que la soberanía pertenece al pueblo, la práctica -como acabamos de exponer- se ha encargado de demostrar la imposibilidad de materializar una democracia directa y, por tanto, la necesidad de recurrir a la técnica de la representación para hacer efectivo el ideal democrático. Esta circunstancia hace planear inevitablemente un riesgo principal sobre la democracia representativa: que los representantes del pueblo soberano se conviertan en los soberanos representantes del pueblo<sup>64</sup>. Para evitar este riesgo, varios mecanismos se han ido desarrollando progresivamente. En este epígrafe abordaremos algunos de ellos.

En concreto, constataremos que el derecho de sufragio ejercido por los ciudadanos en el marco de elecciones libres y pluralistas con objeto de elegir a los representantes y/o a los gobernantes de la Nación, se ha ido consagrando como el medio esencial del pueblo para expresar su voluntad soberana<sup>65</sup>. De hecho, la evolución de la sociedad junto con las consiguientes transformaciones de la democracia representativa y la generalización de la prohibición del mandato imperativo han reducido casi exclusivamente las relaciones entre representantes y representados al momento de la celebración de las elecciones<sup>66</sup>. Prácticamente sólo entonces los ciudadanos deciden. Las elecciones se convierten, de este

---

<sup>64</sup>Ver BERLIA, G., citado por DE VEGA GARCÍA, P., *La división de poderes: el poder legislativo*. Institut de Ciències Polítiques i Socials. Universitat de Lleida, Barcelona, 1998, p. 22.

<sup>65</sup>En este mismo sentido se pronuncia BOBBIO, N., "Mientras que la presencia de un poder invisible corrompe la democracia, la existencia de grupos de poder que se unen mediante libres elecciones, sigue siendo, al menos hasta ahora, la única forma en que la democracia ha encontrado su concreta actuación", op. cit., fundamentalmente p. 11.

<sup>66</sup>Ver, ESPÍN TEMPLADO, E., "Una reflexión sobre la representación política y los sistemas electorales en las democracias constitucionales". En *Formas de gobierno y sistemas electorales*. Gerardo Ruiz-Rico y Silvio Gambino (coord.), Tirant Monografías, 76, Valencia, 1997.

modo, en el fundamento legitimador de los representantes y, en última instancia, de la propia democracia representativa<sup>67</sup>.

A medida que el sufragio universal se va consolidando, necesariamente comienza a producirse un importante incremento del número de electores, lo que “complica” el juego político. Es precisamente en este momento cuando el lento proceso de generalización de los partidos políticos<sup>68</sup> encuentra su punto álgido y los partidos comienzan a adquirir una importancia capital tanto en el desarrollo y evolución de la democracia, como también en su crisis. Desde los primeros partidos de cuadros<sup>69</sup>, compuestos por un reducido grupo de “notables” cuya influencia social y económica atraía votos en el contexto de un sistema político en el que el sufragio era aún un privilegio reservado a las clases acomodadas, se pasa en el s. XX -con la progresiva generalización del derecho de sufragio- al surgimiento de los partidos de masas que buscan la adhesión del mayor número posible de ciudadanos unidos por una ideología común.

Esta adecuación de los partidos a la complejidad del juego político se percibe claramente en las propias estructuras internas de los partidos

---

<sup>67</sup>Así, VALLÈS, J.M. y BOSCH A., afirman que “en el proceso electoral encuentra la democracia liberal uno de los momentos principales de su legitimación”. *Sistemas electorales y gobierno representativo*. Ariel Ciencia Política, Barcelona, 1997, p. 11

<sup>68</sup>Sobre el origen de los partidos políticos resulta destacable la obra de DUVERGER, M., *Los partidos políticos*. Fondo de cultura económica, México, primera edición en español 1957, pp. 15 y s.

<sup>69</sup>Sobre tipología de los partidos políticos nos remitimos a las obras básicas en la materia: DUVERGER, M., *Les partis politiques*. Seuil, “Points Politiques”, 1981, pp. 93 y s.; CHARLOT, J., *Les groupes politiques dans leur environnement*, en LECA, J. y GRAWITZ, M., (ed), *Traité de science politique. L’action politique*, Tomo 3, PUF, París, 1985, pp. 435 a 437. En esta obra, se analizan las reglas de organización de los partidos políticos: su grado de institucionalización, la importancia de los líderes y los problemas que plantea su sucesión así como la adaptación de los partidos políticos a las nuevas estructuras tales como grupos de presión. Igualmente, ver la clásica monografía de MICHELS, R., *Los partidos políticos*, Buenos Aires, 1969.

que cada vez son más estructurados y jerarquizados<sup>70</sup>. Sin embargo la evolución no acaba ahí. Con la aparición en el juego político actual de los partidos de electores<sup>71</sup> las ideologías se difuminan con objeto de conseguir que el mayor número de votantes se sienta identificado con sus postulados. Evidentemente en las sociedades que caracterizan la Europa actual, -en las que democracia y partidos políticos se han convertido en elementos indisolubles<sup>72</sup>-, no es de extrañar que una crisis de valores políticos en los partidos haya provocado irremediablemente el cuestionamiento de la democracia representativa.

En efecto, varios elementos ligados directamente a los partidos políticos aparecen como la causa del malestar de los ciudadanos que perciben que la voluntad popular queda diluida ante la cada vez mayor profesionalización<sup>73</sup> de la política. En este contexto, los ciudadanos aprecian claramente como se crean lazos mucho más estrechos entre los representantes del pueblo y los partidos políticos a los que pertenecen, que entre aquéllos y el pueblo. Situación que se agrava ante la falta total y absoluta de participación popular en la designación de los candidatos que posteriormente van a concurrir a las elecciones<sup>74</sup>. Todo

---

<sup>70</sup>Como señala DUVERGER, M., “La distinción entre partidos de cuadros y partidos de masas no descansa en su dimensión, en el número de sus miembros: no se trata de una diferencia de tamaño sino de estructura”, op. cit., p. 93.

<sup>71</sup>La denominación inglesa y francesa de los partidos de electores: “catch all” o partidos “atrappe-tout” expresan gráficamente la filosofía de estos partidos consistente en “coger o atrapar” al mayor número de electores.

<sup>72</sup>Ver, GREWE, C. y RUIZ FABRI, H., *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 409. En este mismo sentido, GARCÍA COTARELO, R., advierte la dificultad de imaginar hoy en día un sistema político que carezca de partidos políticos. *Los partidos políticos*, Editorial Sistema, Madrid, 1985, p. 11.

<sup>73</sup>Ver en este sentido, ROUSSEAU, D., “De la démocratie continue”. En *La démocratie continue*, op. cit., p. 15. El profesor ROUSSEAU afirma que “con la profesionalización creciente de la política los representantes integran “naturalmente” en sus decisiones una gran parte de preocupaciones que afectan a sus intereses particulares en detrimento de las necesidades de aquellos a los que deben defender”.

<sup>74</sup>Algunos autores como ESPÍN TEMPLADO, E., no dudan en señalar que los procesos de selección de candidatos por los partidos políticos se caracterizan por su secretismo: así, ver “Una reflexión sobre la representación política y los sistemas electorales en las democracias constitucionales”. En *Formas de*

ello propicia que la representatividad que debería existir en la relación entre representantes y representados prácticamente desaparezca. Esta situación, -que lleva a G. VEDEL a reprochar a la democracia representativa el ser “insuficientemente democrática e insuficientemente representativa”<sup>75</sup>- ha propiciado la necesidad de instaurar mecanismos que introduzcan elementos de representatividad de los diferentes componentes de la sociedad (en este punto nos remitimos a la sección 2 epígrafe B donde estudiaremos a título de ejemplo la paridad francesa).

Por su parte, el deterioro de la democracia en nuestros días se completa con la emergencia y desarrollo de los grupos de presión (*lobbies*, en terminología inglesa) que influyen fuertemente las decisiones políticas, si bien carecen absolutamente de legitimidad democrática (ver infra B, epígrafe 1). La posición y la influencia real de los grupos de presión varía notablemente de unos Estados de la Unión a otros, desempeñando por otro lado un importante papel en los procesos decisionales de la Unión europea. En el siguiente epígrafe, esta cuestión junto con otras derivadas de la materialización de la democracia en los Estados miembros de la Unión, serán convenientemente analizadas.

## B) La asimilación de la democracia representativa en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea

Ciertamente todos los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea se estructuran en torno a los presupuestos de la democracia representativa<sup>76</sup>. Esta importante convergencia global encuentra, no obstante, un buen número de divergencias relativas a la

---

*Gobierno y sistemas electorales* (RUIZ-RICO, G., GAMBINO, S. Coord.). Tirant Monografías 76, Valencia, 1997, p. 36.

<sup>75</sup>Cfr. VEDEL, G., prólogo de *La démocratie continue*, op. cit., p. VI.

<sup>76</sup>El profesor KORTMANN, C., es tajante en este sentido cuando afirma que “la democracia representativa es sin duda un patrimonio común”. “Le patrimoine parlementaire commun est-il pensable?”. En Actas del Coloquio de Montpellier *Le patrimoine constitutionnel européen*. Ed. Conseil de l’Europe, 1997, p. 99.

ordenación práctica de la vida política de cada Estado. Ya hemos aludido a las exigencias mínimas que debe poseer un sistema político para merecer el calificativo de democrático: elecciones libres, pluralistas y celebradas periódicamente a las que concurren partidos políticos y en las que el pueblo manifiesta su voluntad soberana en la designación de sus representantes por medio del sufragio. Sin duda, los 15 órdenes jurídicos en estudio respetan estas exigencias; sin embargo, lejos de encontrar regulaciones homogéneas, los órdenes jurídicos de los Estados miembros nos ofrecen un interesante crisol de variadas normativas que proporcionan, como veremos a continuación, un verdadero “efecto calidoscopio”.

1.- La función preeminente de los partidos políticos en los órdenes jurídicos de los Estados miembros. La influencia de los grupos de presión en los procesos decisorios

La convergencia inicial respecto al papel preeminente que las democracias occidentales otorgan a los partidos políticos está bien presente en buena parte de las constituciones de los Estados miembros de la Unión<sup>77</sup>. Su simple lectura muestra la importancia que para el mantenimiento de las exigencias democráticas juegan los partidos políticos<sup>78</sup>. Con estos presupuestos no es de sorprender que la destacada función que desempeñan las organizaciones partidistas en el contexto de las democracias representativas aparezca explícitamente reconocida en los propios textos constitucionales<sup>79</sup>. Un análisis de las

---

<sup>77</sup>Es preciso resaltar que si bien en todos los Estados miembros de la Unión la democracia se canaliza a través de los partidos políticos, no en todos los Estados los partidos políticos encuentran una mención constitucional. Así, las constituciones de Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos no aluden en sus textos a los partidos políticos. Ver, GREWE, C. y RUIZ-FABRI, H., *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 232.

<sup>78</sup>Sobre este punto, KELSEN, H., es categórico cuando afirma que “la democracia moderna reposa enteramente sobre los partidos políticos”. En *La démocratie, sa nature, sa valeur*. Economica. Collection “classiques”, 1988 p. 29.

<sup>79</sup>Sobre la constitucionalización de los partidos políticos, ver CAVERO LATAILLADE, I. Y ZAMORA RODRÍGUEZ, T., *Introducción al Derecho constitucional*, op. cit., pp. 268 y s., donde el autor comenta las cuatro etapas que

constituciones de los Estados miembros permite determinar las funciones de los partidos políticos en el “Estado de partidos”<sup>80</sup>. Funciones que, en definitiva, pueden reconducirse a una: contribuir a la formación y manifestación de la voluntad popular<sup>81</sup>.

Precisamente esta función esencial que desempeñan los partidos políticos en las sociedades democráticas exige el mantenimiento de su independencia institucional frente al Estado<sup>82</sup>. Pero a su vez y, en lo que a nosotros interesa, requiere de un cierto número de garantías que aseguren su correcto funcionamiento. Si la vida democrática de los Estados gira en torno a los partidos políticos, parece lógico que también a éstos se les exija el respeto de las exigencias democráticas en su estructura y funcionamiento. Sin embargo, la propia dinámica de la democracia representativa ha influenciado necesariamente el funcionamiento, cada vez menos democrático, de los propios partidos políticos<sup>83</sup> contribuyendo, aún más, a deteriorar la ya maltrecha imagen de la democracia. La necesidad de que los partidos cuenten con una administración permanente y jerarquizada para hacer frente a las necesidades de la democracia moderna hace que la política se profesionalice<sup>84</sup>. Consecuentemente, los dirigentes de los partidos

---

distingue VON THRIEPEL en el proceso de constitucionalización de los partidos políticos: oposición, ignorados, legalización e incorporación.

<sup>80</sup>Ver GARCÍA PELAYO, M., *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1986, donde el autor analiza los orígenes de esta expresión y sus repercusiones en la actualidad.

<sup>81</sup>Ver, los artículos 6 de la Constitución española; 10.2 de la Constitución portuguesa; 4 de la Constitución francesa; 49 de la Constitución italiana de 1947 y 21 de la Constitución alemana de 1949.

<sup>82</sup>De ahí que los partidos políticos cuenten con importantes prerrogativas como su libre creación, su financiación pública... Ver en este sentido DE VEGA, A.S., “Notas para un estudio del Derecho de partidos”, op. cit., pp. 316 y s.

<sup>83</sup>Ver RUBIO CARRACEDO, J., *¿Democracia o representación?...* op. cit., p. 204.

<sup>84</sup>Las funciones de la administración de un partido político son muy numerosas. OFFE, C., se encarga de sistematizar estas funciones resumiéndolas a tres: 1.- recogida de recursos materiales y humanos; 2.- reparto de propaganda e información sobre la posición del partido ante un gran número de distintos temas políticos; y 3.- tratamiento de los conflictos internos. Estas actividades, como señala el autor, las ejecuta un “equipo profesional de funcionarios del partido” y

políticos tienden a la oligarquía, según apuntó R. MICHELS, persiguiendo alcanzar y mantenerse en el poder<sup>85</sup>. Las estructuras de los partidos se ven especialmente afectadas por este hecho. Así junto al principio de respecto de la democracia interna, aparece otro principio antagónico que también caracteriza el orden de los partidos contemporáneos: la disciplina de partido<sup>86</sup>.

Ambos principios, democracia interna y disciplina de partido, son consustanciales a la definición actual de partido político, la dificultad de los sistemas políticos radica en conseguir conciliarlos. Ahora bien, dejando a un lado las condiciones derivadas del mantenimiento de la disciplina de partido<sup>87</sup>, la obligación de los partidos políticos de respetar, con carácter general, las exigencias democráticas encuentra su traducción en las propias normas constitucionales de los Estados miembros. En este sentido, especialmente estricta se muestra la Ley Fundamental de Bonn que declara inconstitucionales en su artículo 21.2 “los partidos que por sus objetivos o por el comportamiento de sus afiliados, se propongan menoscabar o eliminar el orden constitucional liberal y democrático...”. Con carácter general, las constituciones de los Estados miembros exigen para la creación de los partidos políticos y

---

se materializa tanto “en partidos de derecha que de izquierda”. En *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Sistema, Madrid, 1988, p. 63.

<sup>85</sup>En el clásico *Los partidos políticos*, MICHELS, R., afirma que “hay poca diferencia entre la dictadura individual y la dictadura de un grupo de oligarcas, en lo que a resultados prácticos se refiere” ya que, continúa el autor, “lo más probable es que el grupo social que haya conquistado el control de los instrumentos del poder colectivo haga todo lo que esté a su alcance para conservar ese dominio” op. cit., p. 172.

<sup>86</sup>En este sentido, ver SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Partido político, grupo parlamentario y diputado”. En *Derecho de partidos*. GONZÁLEZ-ENCINAR, J.J. (coord.) Espasa-Calpe, Madrid, 1992, p. 100.

<sup>87</sup>En este sentido destacamos especialmente las consideraciones de OFFE, C., cuando afirma que “Todo partido competitivo tiene que intentar dar la imagen de unanimidad y consenso interno para hacerse o para seguir siendo atractivo para los votantes; en consecuencia, no sólo no se fomentan la división interior, el fraccionalismo ni el conflicto organizado entre opiniones y estrategias, sino que se les mantiene bajo estrecho control o, por lo menos, escondidos fuera de la vista del público en un esfuerzo continuo por mejorar la imagen del partido y, por así decir, por normalizar el producto”, op. cit., p. 64.

para el ejercicio de sus actividades, el respeto de los principios de democracia<sup>88</sup>, de soberanía<sup>89</sup>, de independencia<sup>90</sup> nacional, del orden constitucional liberal y democrático<sup>91</sup>...

Pero al margen de estas exigencias mínimas enunciadas en los textos constitucionales otras, destinadas igualmente a garantizar el respeto de la democracia de los partidos, se recogen con carácter general en las legislaciones ordinarias de los Estados miembros: necesidad de inscribirse en un Registro; aspectos derivados de su financiación<sup>92</sup>... Estos principios, entre otros, presentan enormes repercusiones en la vida política, y en consecuencia, en el propio sistema democrático.

Ahora bien, como afirma M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, “los partidos no se mueven en el vacío”<sup>93</sup> sino que desarrollan sus actividades en el marco de un sistema de partidos. En este aspecto concreto, la diversidad se impone en las regulaciones de los Estados miembros. Con carácter general, el sistema que predomina en los Estados miembros es el multipartidismo que se caracteriza por la concurrencia de más de tres partidos en el juego político. No obstante, el genérico multipartidismo se manifiesta de forma diversa en los Estados miembros. Así por ejemplo, con la V República francesa, se consagra un multipartidismo bipolarizado en torno a las dos tendencias políticas clásicas: la izquierda (con el Partido Socialista Francés a la cabeza) y la derecha (con la Reunión para la República). Alemania, por otra parte, se configura como un

---

<sup>88</sup>Artículos 6 Constitución española; 10.2 Constitución portuguesa; 4 Constitución francesa.

<sup>89</sup>Artículo 4 Constitución francesa.

<sup>90</sup>Artículo 10.2 Constitución portuguesa

<sup>91</sup>Artículo 21.2 Ley Fundamental de Bonn.

<sup>92</sup>Entre los numerosos libros y artículos consagrados a la financiación de los partidos políticos recomendamos las reflexiones de MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., “La financiación de los partidos políticos. Ensayo de aproximación”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº. 11/12, 1995, pp. 5 y s.

<sup>93</sup>Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Introducción a los partidos políticos*. Ariel, Barcelona, p. 93.

multipartidismo moderado con tres partidos “principales” (Partido Socialdemócrata alemán, Unión Demócrata Cristiana/Unión Social Cristiana y el Partido Liberal Alemán), a los que se une un nuevo partido político, de tendencia ecologista, Los Verdes, que ha obtenido un gran auge en este país. Finalmente, como ejemplo de un país claramente multipartidista que cuenta con numerosos partidos con representación parlamentaria destacamos Dinamarca<sup>94</sup>.

Entre aquéllos en los que imperan las notas características del bipartidismo<sup>95</sup> destaca fundamentalmente el Reino Unido, donde dos partidos controlan casi totalmente el sistema político británico: el partido conservador (*Conservative Party*) y el laborista (*Labour Party*). No obstante, en el Reino Unido existe un tercer partido, si bien con mucho menor peso en el sistema político inglés, el Partido Demócrata Liberal (*Liberal Democrats Party*)<sup>96</sup>.

En definitiva, a pesar del todavía papel preeminente de los partidos políticos en las democracias contemporáneas, también es justo resaltar la crisis en la que estas organizaciones están sumidas en la actualidad. El principal problema radica en que los partidos tienen cada vez mayores dificultades en representar a la sociedad; fuertemente

---

<sup>94</sup>Para obtener una visión amplia y detallada de los partidos políticos de los Estados miembros de la Unión europea (salvo los de Austria, Suecia y Finlandia) recomendamos la lectura de la obra de COTARELO, R., MALDONADO, J y ROMÁN, P., *Sistemas políticos de la Unión europea. Con inclusión de Estados Unidos y Japón*. Universitas, Madrid, 1993.

<sup>95</sup>El bipartidismo perfecto es un sistema que apenas se da en la práctica. Con carácter general, el bipartidismo se caracteriza por la concurrencia de dos partidos mayoritarios que dominan el sistema. En el denominado bipartidismo imperfecto, junto a los dos partidos mayoritarios aparece un tercer partido que cuenta con menor relevancia política que los dos anteriores, pero que puede jugar un papel importante en la formación de Gobierno. Entre los Estados de la Unión europea que poseen un sistema bipartidista, sólo se materializa un bipartidismo imperfecto. En este sentido, ver MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., op. cit., pp. 128 y s.

<sup>96</sup>Sobre los partidos políticos en Gran Bretaña, ver el estudio monográfico *Organización de los partidos políticos en Gran Bretaña*. Editado por los servicios británicos de información a petición de la Central Office of Information, Londres, 1972.

jerarquizados parecen haber olvidado su función mediadora en democracia. En este contexto, no parece exagerado el interrogante planteado por R. MICHELS “¿es posible que un partido democrático practique una política democrática?”<sup>97</sup> y, en cualquier caso, ¿qué alternativas existen?.

Para explicar esta situación, Claus OFFE distingue tres factores que tienden a “dejar de lado, restringir y subvertir el sistema de partidos” en su función de mediación entre los ciudadanos y el poder: los nuevos movimientos sociales surgidos en muchos países capitalistas durante los años 70 (movimientos feministas, ecologistas, por la paz...); el proceso de desparlamentización de la política pública hacia formas funcionales de representación mediante acuerdos “corporativos” y la represión política y la transformación gradual de la democracia en una forma de autoritarismo<sup>98</sup>. Indudablemente, entendemos que esta última posibilidad limitadora de los derechos de los ciudadanos debe ser evitada.

En cualquier caso, a pesar de las aludidas carencias de los partidos políticos y de su indudable crisis, que afecta directamente a la democracia representativa, lo cierto es que éstos continúan siendo los pilares fundamentales en los que se sostienen las democracias actuales<sup>99</sup>. Ahora bien, sin negar su papel protagonista no puede afirmarse que ellos solos monopolicen la vida política de los Estados<sup>100</sup>. Una panorámica general de las fuerzas que influyen las complejas estructuras decisorias modernas no estaría completa si no aludimos, siquiera brevemente, al papel de los grupos de interés y de los grupos de

---

<sup>97</sup>Cfr. MICHELS, R., *Los partidos políticos*, 2. Amorrortu editores, 1ª. Edición 1962. Edición en castellano, Buenos Aires, 2001.

<sup>98</sup>Ver OFFE, C., op. cit., pp. 66 y s.

<sup>99</sup>Resulta bien sabido que aun siendo jurídicamente distintos, en la práctica, los grupos parlamentarios constituyen una prolongación de los partidos políticos en los Parlamentos nacionales. De este modo, el papel de los partidos políticos en la toma de decisiones es indiscutible.

<sup>100</sup>En este sentido, ROMERO, C.E. no duda en afirmar que “los grupos de presión son el resultado de la masificación contemporánea y de la crisis de la

presión<sup>101</sup> en los Estados miembros. Ambas categorías, si bien no cuentan con la legitimidad democrática que poseen los representantes elegidos por el pueblo, sí participan intensamente en la vida política pudiendo llegar a condicionar fuertemente las legislaciones nacionales.

Entre estos grupos, los sindicatos y los grupos profesionales cuentan con especial relevancia en los Estados miembros. Sin embargo, no nos detendremos en su estudio ya que su posición en los órdenes jurídicos estatales no genera mayores controversias. Por el contrario, nos interesa hacer referencia a la posición que ocupan los grupos de presión en los Parlamentos nacionales, esto es, en las propias Cámaras de Representantes. Debemos adelantar que a pesar de que algunos Estados aceptan tradicionalmente la influencia de los *lobbies* en sus Parlamentos (los anglosajones fundamentalmente), la mayoría de los Estados de la Unión no los admite, al menos, formalmente<sup>102</sup>. Por el contrario, como estudiaremos en la segunda parte de esta investigación, los grupos de presión ejercen una función esencial en el engranaje de los procesos decisionales comunitarios.

Principalmente es en Gran Bretaña, Dinamarca, Suecia y Finlandia donde los grupos de presión se aceptan como elemento natural y legítimo del proceso político. La participación de los *lobbies* en el proceso legislativo se desarrolla desde la admisión de estos grupos en las Cámaras de Representantes propiciando el contacto con los parlamentarios, hasta la propia participación de los representantes de los

---

democracia representativa”. *Nuevos factores reales de poder: los grupos de presión*. Imprenta de la Universidad de Córdoba (Argentina), 1959, p. 6.

<sup>101</sup>Grupos de interés y grupos de presión se caracterizan por defender posiciones particulares que afectan a la vida social pero, a diferencia de los primeros, los grupos de presión, como afirma CAVERO, I. y ZAMORA, T., dan “por supuesta la defensa y promoción de un interés, se constituye(n) como grupo que de forma permanente y estable ejerce(n) presión sobre los poderes públicos...”, *Introducción al Derecho constitucional*, op. cit., p. 282.

<sup>102</sup>Para una aproximación a la naturaleza y funciones de los grupos de presión, fundamentalmente en Francia, Gran Bretaña y EEUU, recomendamos la lectura del estudio de DE CELIS, J., *Los grupos de presión en las democracias contemporáneas*, Tecnos, S.A., Madrid, 1963.

grupos de presión como expertos en los concretos procedimientos de elaboración de normas. Expertos, que con sus opiniones, influncian indudablemente el proceso de elaboración de las leyes. En los demás Estados miembros, aunque es innegable que los grupos de presión despliegan su influencia en el ámbito legislativo, lo hacen desde la desconfianza de los sistemas jurídicos que o bien les ignoran (España, Bélgica, Grecia...) o bien someten su actuación a la previa inscripción en un registro como condición necesaria para que las comisiones parlamentarias escuchen sus pretensiones (Alemania)<sup>103</sup>.

En cualquier caso, la acción de los grupos de presión en los procesos decisionales de los Estados miembros está lejos de ser admitida en los mismos términos en los quince órdenes jurídicos en estudio. Los Estados que integran los *lobbies* en la vida parlamentaria entienden que su participación enriquece las leyes que, de este modo, se adecuan con más fidelidad a la realidad social. Sin embargo, la falta de legitimidad democrática de estos grupos “repugna” a los demás Estados que perciben su acción como perturbadora del interés general en beneficio de intereses singulares, normalmente de índole económico.

Sin entrar a valorar la acción de los *lobbies* en los sistemas democráticos, lo que no podemos hacer es negar la evidencia. Es un hecho que las sociedades actuales son cada vez más complejas, la globalización exige un conocimiento profundo de intereses diversos, el poder político se entrelaza con el económico, competencias tradicionalmente estatales se ceden a organizaciones internacionales que se encargan en adelante de su gestión... En este contexto, se quiera o no, los grupos de presión cumplen una importante función al mostrar la realidad social, económica y política, claro está no de la globalidad, demasiado compleja para abarcarse en su totalidad, sino de sectores

---

<sup>103</sup>Un interesante estudio comparado de la posición y funciones de los grupos de presión en los Estados miembros realizado por el Parlamento europeo puede encontrarse en *La réglementation du lobbysme et des intergroupes dans les Parlements nationaux des Etats membres*. Dirección General de Estudios. Documento de trabajo, serie “Parlamentos nacionales”. Doc. W-5/rev. - 10/1996.

concretos. Ciertamente carecen de legitimidad democrática, pero su acción no pretende imponerse en sí misma, sino que se dirige a mostrar a los representantes del pueblo una determinada visión de las cosas. Finalmente, no debe olvidarse que son éstos y no aquéllos los que tienen la última palabra.

Por tanto, no simplifiquemos el discurso. En nuestros días, no puede sostenerse que la falta de democracia se deba a la cada vez mayor presencia de los *lobbies* en los procesos de toma de decisiones; esto no es sino la consecuencia lógica de la evolución sufrida por la sociedad contemporánea. En nuestra opinión el déficit democrático encuentra razones mucho más profundas que podrían reconducirse a la crisis de la representatividad y que se manifiesta concretamente en la existencia de partidos políticos que no se representan más que a sí mismos y en una participación real del pueblo en las decisiones políticas que se limita, casi en su totalidad, a dirigirse a las urnas cada cierto tiempo a emitir su sufragio.

Y es precisamente por la importancia que en la práctica democrática tiene la celebración de elecciones, que es preciso detenerse en el tratamiento constitucional de los sistemas electorales nacionales.

2.- Aproximación a los sistemas electorales de los quince Estados miembros de la Unión europea. Las medidas tendentes a aumentar la representatividad. Un ejemplo concreto: la paridad política entre hombres y mujeres en Francia

Ya hemos tenido ocasión de resaltar la importancia que los momentos electorales adquieren en las democracias representativas (ver supra sección 1 A epígrafe 2); es principalmente entonces cuando el pueblo manifiesta su voluntad soberana ejerciendo el derecho de sufragio. Ahora bien, para que las elecciones merezcan el calificativo de democráticas es preciso instaurar los mecanismos necesarios para evitar que se falsee la voluntad del pueblo. Todas las constituciones de los

Estados miembros son conscientes de este hecho y dedican un buen número de preceptos a determinar los criterios básicos que permiten a los ciudadanos concurrir, como electores o como elegibles, a las elecciones; el sistema electoral imperante; el número y la distribución de los escaños... Tras esta convergencia básica en los elementos esenciales, cada una de las normas constitucionales se encarga de fijar los contenidos más diversos. Las convergencias y las divergencias de las distintas regulaciones estatales se entrelazan en esta materia por lo que es preciso un ejercicio de síntesis que exponga con la mayor claridad posible, -si bien renunciando al tratamiento exhaustivo de cada uno de los aspectos abordados- el estado del patrimonio constitucional europeo respecto a las normas electorales<sup>104</sup>.

a. Ciertamente para que las elecciones sean democráticas es preciso que en ellas puedan participar todos los ciudadanos sin ningún tipo de presión. En el patrimonio constitucional europeo el sufragio es universal. Salvando las diferentes redacciones de los preceptos concretos, la totalidad de las constituciones de los quince Estados miembros reconocen el carácter universal, libre y secreto del voto. En este sentido, el artículo 38.2 de la Ley Fundamental de Bonn establece que el sufragio debe ser "universal, directo, libre, igual y secreto"; el artículo 62 de la Constitución belga introduce un elemento más al declarar que el sufragio en Bélgica es "obligatorio<sup>105</sup> y secreto"; también el voto es obligatorio, además de "universal, directo y secreto" en Grecia (artículos 51.3 y 51.5) y en Portugal, donde el sufragio se configura como "un deber cívico" (artículo 49.2). En términos casi idénticos se pronuncian la Constitución austriaca "sufragio igual, directo, secreto y

---

<sup>104</sup>Resulta evidente que no es objeto de este estudio un análisis, siquiera somero, del Derecho electoral europeo, simplemente nos limitaremos a exponer en líneas generales la regulación constitucional de algunos de los elementos característicos del Derecho electoral. La síntesis que desarrollaremos a continuación nos servirá de ejemplo para sostener nuestras conclusiones respecto al estado de la democracia representativa en los Estados miembros.

<sup>105</sup>El voto es obligatorio para las elecciones a la Cámara de Representantes, no para el Senado.

personal" (artículo 26); la Constitución danesa "sufragio universal, directo y secreto" (artículo 31); la Constitución española "sufragio universal" (artículo 23 conectado con artículo 13.2), la Constitución finlandesa "sufragio directo y proporcional" (artículo 4); la Constitución italiana "sufragio universal" (artículos 56 y 57); la Constitución luxemburguesa "sufragio universal puro y simple" (artículo 51) o la Constitución portuguesa "sufragio universal, igualitario, directo, secreto y periódico" (artículo 10.1).

Ahora bien, el carácter universal del sufragio encuentra las lógicas limitaciones relativas a la capacidad que cada orden jurídico reconoce a los individuos para emitir libremente el sufragio. El primer límite general al ejercicio del derecho al sufragio es la edad<sup>106</sup>. En este punto, los ordenamientos jurídicos nacionales difieren sobre la edad mínima necesaria para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo. Respecto a este último, todos los Estados miembros entienden que a los 18 años los ciudadanos cuentan con la edad suficiente para poder votar<sup>107</sup>. Por el contrario la edad mínima para ejercer el sufragio pasivo varía notablemente de un Estado a otro. Desde los cuarenta años que exige la normativa belga e italiana para poder ser elegido senador, hasta los 18

---

<sup>106</sup>Si bien es cierto que existen otros límites al ejercicio de este derecho; así por ejemplo, la comisión de ciertos delitos puede llevar aparejada la pena accesoria de restricción del derecho de sufragio activo y/o pasivo por un determinado tiempo. Ver a título de ejemplo el artículo 29.1 de la Constitución danesa que expresamente remite a una ley para determinar "en qué medida una sentencia de condena penal (...) acarreará la privación del derecho de voto". La Ley Orgánica del Régimen Electoral española en su artículo 3 establece las causas por las que un ciudadano puede perder el derecho al sufragio activo: condena por sentencia judicial firme, declaración de incapacidad por sentencia judicial firme o estar internado en un psiquiátrico con autorización judicial. El artículo 6 de esta misma Ley enumera los cargos públicos que carecen de sufragio pasivo: los miembros del Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, los Magistrados, jueces y fiscales en activo, entre otros.

<sup>107</sup>Así se recoge explícitamente entre otras en las Constituciones de Alemania (artículo 38); Austria (artículo 26); Bélgica (artículo 61). En otros sistemas jurídicos, la exigencia de contar al menos con 18 años no se encuentra en la Constitución sino en leyes de desarrollo.

años exigidos por España, Alemania, Finlandia, Portugal; pasando por los 25 exigidos en Grecia o los 23 de Francia.

Además de la edad, las distintas regulaciones nacionales también establecen límites en el ejercicio del derecho al voto al exigir, en determinados casos, la posesión de la nacionalidad del Estado o de uno de los Estados miembros, o bien la acreditación de un determinado período de tiempo de residencia para participar en las distintas elecciones (municipales, estatales, europeas, regionales...). Pero, en cualquier caso, las limitaciones que los legisladores nacionales pueden establecer en las normas de desarrollo de la Constitución, están sometidas al cumplimiento de las exigencias derivadas de las propias normas constitucionales, y en este aspecto todas las legislaciones nacionales coinciden en el respeto del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, religión o raza.

En definitiva, en los órdenes jurídicos de los quince Estados miembros todos los ciudadanos pueden concurrir a la determinación de la voluntad del pueblo. Ciertamente, todos ellos tienen diversas ocasiones para manifestar su voluntad, -en los referéndum que se convoquen, a través de la iniciativa popular...-, pero fundamentalmente es en el momento en que se celebran las elecciones democráticas cuando los ciudadanos pueden mediante el ejercicio del sufragio demostrar quién es el titular de la soberanía.

**b.** Como hemos reiterado, la celebración de elecciones democráticas es el momento principal en que los ciudadanos designan a los representantes de la Nación, aquéllos que durante un determinado lapso de tiempo van a dirigir el destino político del Estado<sup>108</sup>. Su importancia resulta evidente. Por este motivo, el desarrollo de las elecciones debe contar con las máximas garantías de respeto de las

---

<sup>108</sup>Sobre las elecciones en general, ver DE CARRERAS, F. y VALLES, J.M., Las Elecciones : introducción a los sistemas electorales. Apéndice: Ley para la Reforma Política y Ley Electoral comentada. Blume, Barcelona, 1977.

exigencias democráticas. Concretamente suelen distinguirse tres elementos que las elecciones democráticas tienen que respetar: deben ser libres, pluralistas y periódicas. Estas son las elecciones que caracterizan el patrimonio constitucional europeo.

Algunas Constituciones de los Estados miembros hacen alusión expresa a estas exigencias<sup>109</sup>. Así, la Constitución española en el artículo 23 establece que los ciudadanos tienen derecho a elegir a sus representantes en elecciones “periódicas”. Otras constituciones establecen que las elecciones se celebrarán cada cuatro años: Grecia (artículo 53.4, respecto a la Cámara de los Diputados); Alemania (artículo 39, para el Bundestag); Dinamarca (artículo 32.1); otras cada cinco años como la de Luxemburgo (artículo 56). En todos los Estados miembros, como vimos con anterioridad, los ciudadanos pueden (o deben) concurrir mediante el ejercicio libre de su sufragio. De igual modo los electores no pueden ser obligados a votar por una determinada opción política o por un candidato concreto como evidentemente tampoco pueden “comprarse” o “venderse” votos. En todos estos casos, las elecciones serían nulas en cuanto la voluntad del pueblo habría sido adulterada. Finalmente, las elecciones democráticas como hemos expuesto en páginas precedentes constituyen el espacio en el que concurren diversos partidos políticos. Así pues, los quince Estados miembros respetan y garantizan estas tres notas distintivas. Ahora bien, las divergencias en cuanto a los sistemas electorales y al reparto de escaños son, como tendremos ocasión de comprobar, muy significativas.

En efecto, una vez las urnas se cierran el sistema electoral vigente en cada Estado miembro va a determinar el resultado final de la contienda electoral; los escaños que cada partido político va a obtener en el seno de la Cámara de Representantes o el candidato que va a alcanzar la Jefatura del Estado. Según el sistema electoral elegido por

---

<sup>109</sup>En otros órdenes jurídicos estas exigencias no aparecen recogidas en los textos constitucionales sino en las leyes de desarrollo.

cada Estado, el reparto de escaños va a variar considerablemente. Lejos de encontrar un denominador común en la materia, -con la salvedad de que en todos los Estados miembros, la Cámara de Representantes se elige por sufragio universal directo-, si hay un aspecto en el que los órdenes jurídicos de los Estados de la Unión europea no se ponen de acuerdo, indiscutiblemente los sistemas electorales es uno de ellos.

Con carácter general pueden distinguirse dos tipos de organización del sufragio: el modelo mayoritario y el proporcional. Ambos definen las “pautas de decisión para que los votos se transformen en escaños”<sup>110</sup>. La elección de uno u otro tiene una importante repercusión práctica. La doctrina se encarga de destacar que mientras que los sistemas mayoritarios se dirigen a la formación de mayorías estables, fomentan la formación de sistemas bipartidistas y la alternancia de poder; los proporcionales tienden a conseguir una mayor representación de las minorías y a fomentar mayorías acordadas<sup>111</sup>. A su vez, las circunscripciones electorales pueden distribuirse de distintas formas atendiendo al número de escaños que se les adjudica a cada una de aquéllas. Principalmente puede distinguirse entre circunscripciones uninominales y plurinominales. En cada una de ellas, los ciudadanos pueden votar ya sea a una candidatura individual ya sea a listas de electos que pueden ser cerradas y bloqueadas (el votante vota a una lista en bloque, sin poder variar el orden de los candidatos ni tampoco introducir candidatos de otras listas), abiertas (otorgan la máxima libertad a los electores que pueden conformar sus propias listas, cambiando el orden de los candidatos o incluyendo a candidatos de otras listas) o cerradas y no bloqueadas (el elector puede variar el orden de los candidatos, si bien no puede introducir candidatos de otras listas).

---

<sup>110</sup>Cfr. SÁNCHEZ, J. y LUCIO, A., “La elección de los miembros de las Cámaras. Los sistemas de elección de los miembros de las Cámaras”. En *Los Parlamentos de Europa y el Parlamento europeo*. J. M. GIL-ROBLES (coord.). Cyan, Proyectos y Producciones editoriales, Madrid, 1997, p. 32.

<sup>111</sup>Ver NOHLEN, D., “Sistemas electorales y reforma electoral”. En *La reforma del Estado: Estudios comparados*. Universidad Autónoma de México, 1996, pp. 75 y 76.

Como advertimos desde un principio, no es objeto de la presente investigación descender al estudio concreto de las leyes de desarrollo constitucional. Tampoco en este caso analizaremos las distintas Leyes electorales vigentes en cada uno de los Estados miembros. Advertimos, no obstante, que estas leyes configuran sistemas electorales que materializan todas las combinaciones posibles de los elementos antes referidos y cuyo estudio comparado, por tanto, excedería largamente de nuestras pretensiones. No obstante, volveremos a abordarlo cuando defendamos la necesidad de alcanzar un procedimiento electoral uniforme para las elecciones del Parlamento europeo.

Ahora sólo destacar la falta de criterios comunes que existen en las legislaciones nacionales en materia electoral. Únicamente en un aspecto parece que la mayoría de los Estados miembros se ponen de acuerdo: la elección como sistema electoral para designar a los miembros de las Cámaras de Representantes del modo proporcional<sup>112</sup>. Dinamarca, España, Finlandia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Austria, Suecia, Países Bajos, Portugal... han optado por este sistema. Dentro de esta fórmula proporcional, existen a su vez variados métodos para convertir los votos en escaños. El más empleado<sup>113</sup> por los Estados miembros es el método d'Hondt<sup>114</sup>.

Gran Bretaña y Francia se desmarcan en este aspecto y optan por un sistema mayoritario. En el caso inglés por un sistema uninominal a una vuelta y en Francia por un sistema uninominal a dos vueltas. En la primera vuelta se exige mayoría absoluta del total de los sufragios emitidos; si ningún candidato consigue esta mayoría se celebra una

---

<sup>112</sup>Para evitar mayores complejidades y dado que no pretendemos un examen exhaustivo de la cuestión, nos limitamos a señalar los sistemas electorales utilizados para elegir las Cámaras Bajas.

<sup>113</sup>A título de ejemplo, aplican el método d'Hondt en la distribución de escaños en las Cámaras de Representantes: Bélgica, España, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos y Portugal. Luxemburgo se decanta por el método Hagenbach-Bischoff, Suecia por el método St. Lagüe.

<sup>114</sup>El método d'Hondt es el más utilizado en los Estados europeos. Fue ideado por el matemático belga que le ha dado su denominación.

segunda vuelta en la que sólo pueden participar aquellos candidatos que obtuvieron un número de votos igual o superior al número que representa la cuarta parte de los electores inscritos en la circunscripción, o bien los dos candidatos que obtuvieron más votos<sup>115</sup>. El sistema mayoritario, al favorecer claramente a los partidos mayoritarios, ocasiona en la práctica la aparición de sistemas bipartidistas. Otros Estados, como por ejemplo Italia, se decantan por un sistema mixto. En este Estado se ha sustituido la regla proporcional pura por una fórmula mixta en la que tres cuartas partes de los escaños se disputan por el sistema mayoritario, en distritos uninominales.

Esta panorámica realizada en torno a ciertas cuestiones de Derecho electoral nos permite apreciar la gran diversidad de regulaciones existentes en los Estados miembros de la Unión. En cada uno de estos Estados se han debatido e incluso se han materializado a lo largo del tiempo algunas importantes reformas electorales con objeto de conseguir mejores niveles de representatividad.

c. Precisamente las dificultades que presenta alcanzar una óptima representatividad de los intereses sociales con la sola aplicación de las clásicas leyes electorales nacionales, han propiciado la aparición de iniciativas nacionales tendentes a favorecer a colectivos históricamente más desfavorecidos<sup>116</sup>. En efecto, la aplicación de cuotas ha sido práctica habitual para favorecer la representatividad de determinados grupos étnicos<sup>117</sup>. Pero la utilización de cuotas no se limita a estos grupos sino que cada vez se va extendiendo a colectivos de muy distinta naturaleza<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup>Ver SÁNCHEZ, J. y LUCIO, A., op. cit., p. 32.

<sup>116</sup>Un completo estudio filosófico sobre la discriminación positiva, sembrado de alusiones específicas a su empleo en los EEUU, lo encontramos en ROSENFELD, M., *Affirmative action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*. Yale University Press, 1991.

<sup>117</sup>Pensamos fundamentalmente en la *affirmative action* norteamericana a favor de las personas de raza negra.

<sup>118</sup>En la actualidad, la utilización de cuotas se extiende incluso a la consecución de una mejor redistribución a favor de clases sociales desfavorecidas. Sobre este

En las próximas líneas nos limitaremos concretamente al estudio de un caso particular: el empleo de medidas de acción positiva con el fin de obtener una mayor representación de las mujeres en la vida política. Dos razones principales nos impulsan a hacerlo. En primer lugar porque estas medidas se inscriben en un intento de conseguir una mayor representatividad en las Cámaras legislativas nacionales. En segundo lugar porque el establecimiento de medidas tendentes a favorecer la presencia de mujeres en el ámbito político ha constituido -y sigue constituyendo- una práctica habitual en buena parte de los Estados miembros<sup>119</sup>. Así por ejemplo, Bélgica cuenta con una ley de 24 de mayo de 1994 que establece una cuota del 25% de presencia de mujeres en las listas presentadas por los partidos políticos, cifra que aumentó en 1999 al 33,3 %<sup>120</sup>. En otros casos, son los propios partidos políticos los que se imponen el respeto de cuotas. Entre los primeros que lo hicieron es de destacar el Partido Socialista Popular Danés que ya en 1970 estableció que cada uno de los sexos debía estar representado al menos en un 40% de los candidatos<sup>121</sup>.

---

particular, ver GIMÉNEZ GLUCK, D., “El control de la constitucionalidad de las cuotas basadas en la clase social”. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 30/31, 2000, pp. 29 y s.

<sup>119</sup>Un estudio particular sobre “la paridad política” o la “democracia paritaria”, puede encontrarse en TRUJILLO, M<sup>a</sup>.A., “La paridad política”. En *Mujer y Constitución en España*, (coord. T. Freixes). Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2000, pp. 355 y s.

<sup>120</sup>Sobre las medidas tendentes a promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales que se presentan en cada circunscripción electoral, ver los artículos de DELPÉRÉE, F. “Les discriminations positives en Belgique”. *AJJC*, vol. XIII, 1997, y VERDUSSEN, M., “La participation de femmes aux élections en Belgique”. *RFDC*, 36, 1998, pp. 799 y s. Entre las obras en castellano que se refieren expresamente a la situación belga, destacamos MEIER, P., “Experiencias de reformas electorales en algunos de los países de la UE: Iniciativas en Bélgica y Portugal”. En *Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, (coord. P. Saavedra), CELEM, 1999, pp. 201 y s.

<sup>121</sup>Muchos otros partidos europeos han seguido esta iniciativa estableciendo cuotas de participación de las mujeres en sus listas: los Verdes en Austria, el Partido Socialista en Francia, el Partido Social Demócrata en Alemania, etc. No obstante, además del sistema de cuotas es de destacar otro tipo de acción positiva empleada por la mayor parte de los partidos políticos suecos, el “sistema cremallera” consistente en intercalar en las listas candidatos de ambos sexos. Una información detallada de esta cuestión la encontramos en *Impacto*

Pero más concretamente un ejemplo reciente ha motivado nada menos que una reforma constitucional, causando asimismo un amplio debate doctrinal sobre las bondades y defectos de las medidas de discriminación positiva. Evidentemente nos referimos a la inclusión expresa en la Constitución francesa, por ley constitucional de 8 de julio de 1999<sup>122</sup>, de los siguientes enunciados: “la ley favorece el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones electivas” (artículo 3) completado por una mención específica dirigida a los partidos políticos resaltando que éstos “contribuyen a la aplicación del principio enunciado en la última línea del artículo 3 en las condiciones previstas en la ley” (artículo 4). Y la ley no se hizo esperar demasiado. El 3 de mayo de 2000 se aprobó la ley tendente a favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas<sup>123</sup>.

Esta modificación constitucional supuso la culminación de un largo período de luchas protagonizadas por los movimientos feministas y de la izquierda francesa tendentes a alcanzar una mayor representación de las mujeres en el ámbito político<sup>124</sup>. Al margen de pronunciamientos generales<sup>125</sup>, el punto de partida de esta evolución podría fijarse a comienzos de los años 80<sup>126</sup> al aprobarse una propuesta de modificación

---

*diferencial de los sistemas electorales en la representación política femenina.* Dirección General de Estudios. Documentos de trabajo. Serie derechos de la mujer W-10.

<sup>122</sup>Ley constitucional n.º. 99-569 DC, relativa a la igualdad entre hombres y mujeres. *J.O.*, n.º. 157, de 9 de julio de 1999, p. 10175.

<sup>123</sup>Ley n.º. 503-2000, de 3 de mayo 2000.

<sup>124</sup>Una completa panorámica histórica de las distintas propuestas francesas tendentes a conseguir la igualdad de mujeres-hombres en la vida política la encontramos en FAVOREU, L., “Principios de igualdad y representación política de las mujeres. Cuotas, paridad y Constitución”. *REDC*, n.º. 50, 1997, pp. 13 y s. Ver igualmente ULRICH, S., “Iniciativas en Italia y Francia”. En *Hacia una democracia paritaria...*, op. cit., pp. 241 y s.

<sup>125</sup>Ver el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946: “La ley garantiza a la mujer en todos los ámbitos derechos iguales al hombre”.

<sup>126</sup>La redacción de la evolución sufrida por la legislación francesa en esta materia, se inspira en su mayor parte en el artículo de ROUSSEAU, D., “La Constitución francesa y los derechos de la mujer”. En *Mujer y Constitución en España*, op. cit. pp. 103 y s.

del Código electoral en la que se establecía, entre otros contenidos, que en los ayuntamientos de más de 3500 habitantes “las listas de candidatos no pueden contener más del 75 % de personas del mismo sexo”. Sin embargo, a pesar de la prudencia<sup>127</sup> de la redacción del artículo L.260 bis del Código electoral, redactado conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la ley controvertida, el *Conseil constitutionnel* no dudó en declarar que los artículos 3 de la Constitución francesa y 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 “...se oponen a cualquier división por categorías de los electores o elegibles...<sup>128</sup>”. Esta jurisprudencia fue reiterada posteriormente<sup>129</sup>, hasta el momento en que se aprobó la mencionada ley constitucional de 8 de julio de 1999. A partir de entonces el juez constitucional francés cambió convenientemente su jurisprudencia declarando la constitucionalidad de las disposiciones legales sometidas a su valoración, que establecían medidas tendentes a “hacer efectivo el acceso igualitario de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas<sup>130</sup>” .

La repercusión de la revisión constitucional francesa y de su legislación de desarrollo ha sido destacada por la doctrina y por la opinión pública francesa. Sin duda, uno de los contenidos de la ley de 3 de mayo 2000 que ha merecido más elogios entre los especialistas es la obligación de los partidos políticos de presentar en sus listas el 50 % de candidatas femeninas. En este sentido, J. MOSSUZ-LAVAU<sup>131</sup>, destaca que este porcentaje constituye un logro a nivel europeo ya que es

---

<sup>127</sup>Artículo que evita en todo caso establecer una cuota a favor de las mujeres.

<sup>128</sup>Cfr. CC. n.º. 82-146 DC, de 18 de noviembre de 1982. *J.O.*, de 19 de noviembre 1982, p. 3475. Sobre el alcance de esta decisión, ver FAVOREU, L. “Principio de igualdad y representación política de las mujeres...”, op. cit., pp. 24 y 25.

<sup>129</sup>Ver CC. n.º. 98-407 DC, de 14 de enero de 1999. *J.O.*, de 20 de enero 1999, p. 1028.

<sup>130</sup>Ver CC n.º. 2000-429 DC, de 30 de mayo de 2000, *J.O.*, de 7 de junio 2000, p. 8564. En este mismo sentido ver igualmente CC n.º. 2000-430 DC, de 29 de junio 2000, *J.O.*, de 5 de julio 2000, p. 10128.

<sup>131</sup>Cfr. MOSSUZ-LAVAU, J., “Parité: pour que la mariée soit plus belle”. *Le Monde*, de 25 de enero 2000, p. 19.

sustancialmente más elevado que en cualquier otro Estado de la Comunidad. No obstante, el aumento de representatividad que se persigue con esta normativa no sólo ha generado alabanzas, de hecho ha producido una división en el seno mismo del feminismo. Así, voces no menos autorizadas del panorama feminista francés se han mostrado claramente contrarias a la “paridad”: E. BADINTER, E. PISIER, D. SALLENAVE... ven en el trato favorable a las mujeres una medida que se volverá contra ellas<sup>132</sup> en cuanto “la ideología de las cuotas suscita cálculos sórdidos y humillantes”<sup>133</sup>.

Pero dejando a un lado la controversia de fondo y volviendo a los términos en los que planteamos la cuestión: la mejora de la representatividad, nos parece interesante reproducir la reflexión de S. AGACINSKI cuando afirma que “en una democracia representativa, y fuera de los momentos de referéndum, son los representantes los que ejercen normalmente la soberanía que pertenece al pueblo. Si en la Asamblea Nacional y en el Senado el 90 % de sus miembros son hombres, es posible constatar (...) un casi-monopolio masculino de poder que priva a las mujeres del ejercicio de la soberanía<sup>134</sup>”. Sin ser tan tajantes, compartimos con esta filósofa la necesidad de conseguir una mayor representatividad de las mujeres en las instituciones que representan al pueblo. Si para ello es necesario establecer medidas de discriminación positiva éstas deben tomarse, ya no sólo para conseguir la paridad hombre-mujer sino, con carácter más general, para mejorar, favorecer y reforzar la propia democracia representativa.

De todo lo expuesto puede concluirse, sin ningún género de duda, que la democracia se configura en los quince órdenes jurídicos en estudio como el contexto en el que se desarrolla la vida política de los

---

<sup>132</sup>Cfr. BADINTER, E., PISIER, E. y SALLENAVE, D., “Trois arguments contre la parité”. *L'Express*, 11 de febrero de 1999, p. 80.

<sup>133</sup>Ver, BADINTER, E., “Non aux quotas de femmes”. *Le Monde*, 12 de junio 1996, p. 1 y 15.

<sup>134</sup>Ver AGACINSKI, S., “Contre l’effacement des sexes”. *Le Monde*, 6 de febrero 1999, p. 1 y 14.

Estados miembros. El sistema democrático no es perfecto por lo que la materialización de sus exigencias genera una abundante diversidad de regulaciones concretas que intentan evitar o cuanto menos limitar las perturbaciones que la técnica de la representación genera en la práctica política. Esta diversidad en las regulaciones nacionales permite apreciar la riqueza del patrimonio jurídico común europeo que en el marco bien preciso de la democracia simboliza la búsqueda del ideal democrático inherente a la tradición jurídica de los Estados europeos.

\* \*

\*

En las sociedades contemporáneas, los principios derivados de la democracia representativa aparecen estrechamente ligados con los que caracterizan el Estado de Derecho. Ahora bien, como resulta bien sabido, estos dos conceptos son independientes el uno del otro y, en la práctica, numerosos ejemplos podrían ilustrar este hecho. En esta primera sección nos hemos consagrado al estudio de la democracia, concretamente a los elementos que la definen. La próxima sección se dedicará al otro principio fundamental que caracteriza a todos los órdenes jurídicos de los Estados miembros, el Estado de Derecho.

## **Sección 2: Los principios formales que definen la noción de “Estado de Derecho” en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea**

La Historia nos proporciona numerosos ejemplos de sistemas democráticos que no han respetado las exigencias impuestas por el Estado de Derecho, así como de regímenes no democráticos que han elaborado normas clave para el desarrollo del Estado de Derecho<sup>135</sup>. Así pues, esta dicotomía es perfectamente posible tanto en teoría como en la práctica, ahora bien debe destacarse que actualmente no se percibe en ninguno de los quince órdenes jurídicos en estudio. En todos ellos, los principios derivados de la democracia y del Estado de Derecho se entrelazan y, en definitiva, como afirma M. TROPER, “en democracia, (...) el pueblo –o sus representantes- elaboran la ley. La realidad del poder democrático depende por tanto estrechamente de la existencia de una jerarquía normativa”<sup>136</sup>. Por tanto, si bien somos conscientes de que ambos conceptos son autónomos, en el contexto de esta investigación se presentan conjuntamente y, de esta manera, deberán ser entendidos a lo largo de estas páginas.

Con carácter previo, resulta interesante destacar que a diferencia del principio de “democracia”, la noción de “Estado de Derecho” no se recoge expresamente en el Estatuto del Consejo de Europa. No obstante, sustancialmente, el contenido del “Estado de Derecho” está bien presente en este texto mediante el reconocimiento expreso de la noción de “preeminencia de Derecho” en su artículo 3. También el Estatuto<sup>137</sup> de la Comisión europea para la democracia por el derecho

---

<sup>135</sup>Ver, GARRIDO FALLA, F., “Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la ley”. *RAP*, nº. 128, mayo-agosto, 1992, p. 8. En este mismo sentido destacar las palabras de BAYOT y SERRAT, R., cuando afirma que “de ahí que el Estado de Derecho esté por encima tanto de la dictadura como de la democracia, aunque –por paradójico que a primera vista pueda parecer-, en una y otra nos lo encontremos, al menos en el máximo nivel formal”. *Estado de Derecho y Poder político*, Grefol, Madrid, 1987, p. 36.

<sup>136</sup>Cfr. TROPER, M., “Le concept d’Etat de droit”. *Droits*, 15, 1992, p. 60.

<sup>137</sup>Estatuto de la Comisión de Venecia, anexo a la Resolución (90) 6, adoptada por el Consejo de Ministros el 10 de mayo de 1990.

(Comisión de Venecia)<sup>138</sup> reconoce expresamente este principio. De esta forma, el respeto del Estado de Derecho constituye, junto a la democracia, una de las condiciones de admisibilidad de los Estados en el seno del Consejo de Europa, lo que le convierte claramente en parte integrante del patrimonio constitucional europeo.

En efecto, elaborado en el marco del Consejo de Europa, el CEDH aparece como el Texto que representa el Estado de Derecho al consagrarse enteramente al reconocimiento y protección del elemento material de esta noción: los derechos fundamentales. Igualmente en su Texto están bien presentes los principios del Estado de Derecho formal<sup>139</sup> derivados del principio de la preeminencia del Derecho. En este sentido, destacan el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH), el derecho al recurso efectivo (art. 13 CEDH), entre otros.

En esta segunda sección, abordaremos el análisis del Estado de Derecho siguiendo la clásica división que distingue entre Estado de Derecho en sentido formal y material. Ahora bien, desde un principio debemos precisar que en esta sección únicamente nos dedicaremos al estudio de los componentes formales del Estado de Derecho. Los elementos materiales que configuran el Estado de Derecho serán objeto de un análisis específico en el capítulo siguiente. Metodológicamente, optaremos por la misma división realizada en la sección precedente: comenzaremos por una aproximación a los principios formales que conforman el Estado de Derecho (A), pasando seguidamente al análisis

---

<sup>138</sup>La Comisión de Venecia es un órgano consultativo que coopera con los Estados miembros del Consejo de Europa así como con los Estados no miembros, particularmente con los Estados de Europa central y oriental. Sus objetivos principales se traducen en el acercamiento entre los distintos sistemas jurídicos, procurando el refuerzo y desarrollo las instituciones democráticas. En esta línea, la Comisión de Venecia reconoce expresamente entre sus temas prioritarios el principio de la primacía del Derecho.

<sup>139</sup>Destacar especialmente respecto al Estado de Derecho “formal” las siguientes sentencias del TEDH: *Golder*, de 21 febrero 1975 serie A, nº. 18; *Engel*, de 8 junio 1976, serie A, nº. 22; *Minelli*, de 25 marzo 1983, serie A, nº. 62; *Airey*, op. cit.

de la materialización de estos principios en cada uno de los órdenes jurídicos de los Estados miembros (B).

A) Los principios derivados del Estado de Derecho en sentido formal

La noción de Estado de Derecho, al igual que la de democracia, resulta difícil de definir por sus numerosas implicaciones teóricas y por sus diversas materializaciones prácticas. Así, teniendo en cuenta que únicamente dedicaremos una sección al estudio de esta cuestión, advertir que no se pretende ser exhaustivo en su tratamiento resulta ciertamente obvio. No obstante, conviene recordar que la aproximación al concepto de Estado de Derecho, -como antes lo fue a la noción de democracia-, tiene una especial importancia en el contexto de esta investigación al constituir la base de comparación que utilizaremos para determinar el grado de asimilación del patrimonio constitucional europeo por el orden jurídico comunitario (y más concretamente de uno de los principios que lo componen: la declaración y protección de derechos fundamentales).

En cualquier caso reiteramos que sólo pretendemos esbozar a grandes rasgos una panorámica general de algunos aspectos que conforman estos conceptos fundamentales en los órdenes jurídicos estatales. Por tanto, somos conscientes de su tratamiento parcial e incompleto, pero también lo somos de que su estudio específico no es objeto de este trabajo.

El acercamiento que en las próximas líneas dedicaremos al Estado de Derecho pasa necesariamente por mostrar la evolución de sus presupuestos. Evolución que no hace sino reflejar la transformación histórica, social y política de Europa y, en lo que interesa a esta investigación, evolución que propicio la transformación del Estado. En el transcurso de este tiempo, el concepto de Estado de Derecho adquiere

un contenido preciso que también va evolucionando (1). Por otra parte, en lo que afecta a la conformación del Estado de Derecho en sentido formal, el análisis de sus elementos conformadores constituirá una importante parte de nuestro estudio (2).

#### 1.- Del Estado de Derecho al Estado social y democrático de Derecho

En una primera aproximación, se aprecia con cierta nitidez que las nociones de “Estado de Derecho”, de “Estado social de Derecho” y de “Estado social y democrático de Derecho” encierran una evolución gradual de sus contenidos. Ciertamente esta evolución encuentra su origen en una profunda transformación de las funciones que progresivamente se les va reconociendo y exigiendo a los Estados. Así pues, un recorrido por los significados de estos conceptos no es sino la evidencia de una profunda transformación de la sociedad europea en los dos últimos siglos.

La superación de un modelo de Estado en el que la arbitrariedad era la regla del juego (Estado absolutista), hacia otro en el que se impone la sumisión de los poderes públicos al imperio de la ley (Estado de Derecho) constituyó, como veremos, un importante salto cualitativo en la comprensión de las relaciones entre el Estado y el Derecho. Pero ahí no se estancó la evolución, sino que el concepto ha seguido transformándose a medida que la sociedad ha continuado evolucionando.

a. Así, se admite comúnmente que la doctrina acerca del *Estado de Derecho* aparece por vez primera en 1829 en la obra *Staatsrecht des Königreichs Wüttemberg* del alemán R. VON MOHL<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup>Si bien, como afirma LUCAS VERDU, P., en “Estado de Derecho y Justicia constitucional”. *REP*, 1983, n.º. 83, pp. 9 y s., el término Estado de Derecho fue utilizado con anterioridad por WELCKER, C. Th. en *Die letzte Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Giessen, 1813, libro I, Cap. 6, p. 25; y por FREIHERR

Ahora bien, como afirma L. HAMON, los presupuestos teóricos de esta noción tienen un origen más antiguo que ya puede encontrarse nítidamente en los albores de la Revolución francesa<sup>141</sup>. Pero, al margen de que su formulación pueda encontrarse en tiempos de la Revolución, lo cierto es que ha sido la doctrina alemana la que ha confeccionado la construcción teórica del Estado de Derecho alrededor de la idea que inspira globalmente este concepto: la autolimitación del poder del Estado<sup>142</sup>. Esta autolimitación del Estado supuso un importante salto cualitativo que puso fin a las teorías absolutistas nacidas con el propio surgimiento de los Estados en las que Maquiavelo, Bodino o Hobbes defendían la preeminencia del Estado sobre las leyes, a cuyo cumplimiento el poder estatal no quedaba obligado.

El nacimiento de la doctrina del Estado de Derecho es fruto de una evolución precedida de importantes cambios sociales, políticos, económicos y filosóficos que se desarrollaron principalmente durante los siglos XVII y XVIII en la Europa occidental<sup>143</sup>. La Ilustración marca el comienzo de la teoría del Contrato Social que encuentra sus cimientos en las obras de autores ingleses como Bacon o Locke y que se desarrolla en todo su esplendor con los filósofos franceses, principalmente con Rousseau y Montesquieu. En concreto, J. LOCKE defiende a lo largo de su obra que el poder proviene del consentimiento voluntario de los gobernados. Así, el Estado se configura como una realidad pactada por los individuos donde el Rey no posee un poder

---

VON ARETIN, J. C., *Staatsrecht der Konstitutionellen*, vol. I, Altenburg, 1824, p. 163.

<sup>141</sup>Ver HAMON, L., "L'Etat de droit et son essence". *RFDC*, n° 4, 1990, p. 699.

<sup>142</sup>Sobre la relación entre el Derecho y el Estado, la sumisión de éste al Derecho, ver JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, 1943, especialmente pp. 300 a 307.

<sup>143</sup>Recordamos que en este tiempo culminan diversas tendencias iniciadas durante el Renacimiento que provocaron profundos cambios en la estructura socioeconómica de los Estados europeos. Así, en el s. XVIII se produjeron tanto una revolución agraria como industrial, una explosión demográfica, un auge de la burguesía en detrimento de la aristocracia, guerras coloniales, expansión comercial...

absoluto<sup>144</sup>. J.J. ROUSSEAU, por su parte, plantea en su *Contrato social* “un problema principal” al que esta obra “da solución”: “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado y por virtud de la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes<sup>145</sup>”. Ahora bien, ya con anterioridad, MONTESQUIEU había identificado uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho en sentido formal: la separación de poderes como medio para evitar su concentración (ver infra B epígrafe 1)<sup>146</sup>.

Todos estos autores tendrán sin duda una gran influencia en la configuración de los presupuestos del Estado de Derecho, pero, como hemos advertido, su formulación concreta y detallada no se producirá hasta comienzos del s. XIX en Alemania. Ciertamente, el objetivo perseguido por la construcción alemana del Estado de Derecho era limitar la acción del Estado protegiendo, de este modo, las libertades individuales de los administrados. El medio de conseguirlo fue negar el poder absoluto del Estado mediante la limitación de su actuación discrecional. En definitiva, formulando el principio de subordinación de los poderes del Estado a la ley. Ahora bien, los juristas alemanes precisaron claramente que esta limitación no procedía de la sumisión del Estado a un Derecho exterior y superior, sino que se trataba de una limitación voluntaria del Estado, es decir, de una autolimitación<sup>147</sup>.

Con carácter general, los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea aceptan los presupuestos que impone el Estado de Derecho en sentido formal. No entraremos aquí a enunciar las

---

<sup>144</sup>Ver LOCKE, J., *Dos Ensayos sobre el Gobierno civil*. Espasa Calpe, Madrid, 1960.

<sup>145</sup>Cfr. ROUSSEAU, J.J., *Contrato social*. Austral, 9ª edición, 1997, p. 47 y 48. La obra se publicó en 1762.

<sup>146</sup>Ver MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*. La obra se publicó en 1748.

<sup>147</sup>Si bien, como afirma AUTIN, J-L., la tesis de la auto-limitación voluntaria resulta poco sostenible en cuanto reposa exclusivamente en la voluntad subjetiva del Estado. “Illusions et vertus de l'Etat de droit administratif”. En *L'Etat de droit* (dir. D. COLAS), PUF Questions, París, 1987, p. 148.

diferencias de percepción del contenido y alcance del *Rechtsstaat* alemán, de la *Rule of Law* inglesa, de l'*Etat légal* de la III y IV República francesa, de l'*Etat de droit* o la *prééminence du droit* de la V República francesa o del *Estado de Derecho* español<sup>148</sup>; por el contrario conviene detenerse en identificar los principios generalmente admitidos como conformadores del Estado de Derecho en sentido formal: la separación de poderes; la subordinación de la Administración a la ley; la protección jurídica contra actos ilegales de las autoridades públicas (ver infra epígrafe 2)<sup>149</sup>. No obstante, para comprender en toda su amplitud el sentido y alcance de la noción de Estado de Derecho contenida en el “patrimonio jurídico común europeo”, conviene detenerse siquiera brevemente en exponer la evolución sufrida por sus presupuestos ante la propia evolución de las exigencias de la sociedad.

Como punto de partida, no puede negarse la influencia de la burguesía decimonónica en la configuración de la doctrina clásica del Estado de Derecho. Posteriormente, ya en el siglo XX, la evolución de este concepto viene marcada por la transformación del rol del Estado respecto a las relaciones que mantiene con la sociedad civil. Esta circunstancia exigió una superación del liberalismo subyacente al concepto de Estado de Derecho fundamentado en la regla de no intervención o de intervención mínima del Estado en el mercado y en la

---

<sup>148</sup>Es numerosa la doctrina que se ha ocupado de delimitar conceptualmente el sentido de estas expresiones. Algunos autores consideran que existe una tendencia actual a considerar sinónimos los términos *rule of law*, *due process of law*, *Rechtstaat*, *Etat de droit* (JIMENA QUESADA, L., *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 49). Sin embargo, en un plano teórico pueden establecerse ciertas diferencias de importancia. En este sentido, resulta interesante destacar las dos concepciones que GREWE, C y RUIZ-FABRI, H., exponen sobre el alcance de la *rule of law* británica, *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 24. Sobre la distinción entre *Etat légal* y *Etat de droit* nos remitimos, entre la abundante doctrina, a la clásica obra de CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tomo I, p. 293, París, p. 293 y s.

<sup>149</sup>Ver, GROTER, R., “L'Etat de droit dans les constitutions et la jurisprudence constitutionnelle des pays de l'Europe centrale et de l'Europe de l'Est. Un premier bilan”. *RBDC*, 4, 1999, pp. 375 y 376.

protección social de los individuos, hacia una mayor intervención del poder público en ámbitos antes reservados exclusivamente a la acción del individuo. Esta evolución se percibe claramente, como tendremos ocasión de comprobar en el capítulo siguiente, en la naturaleza de los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por los órdenes jurídicos estatales. Así, una protección reducida exclusivamente a los derechos civiles y políticos, característica del Estado de Derecho “liberal”, se va extendiendo con la “socialización” de esta noción, a la protección de derechos sociales y económicos.

b. La formulación de este cambio se plasma con la utilización generalizada de la expresión “Estado social de Derecho” acuñada por H. HELLER en su obra *Rechtsstaat oder Diktatur?*, de 1929. Los orígenes<sup>150</sup> de sus presupuestos pueden encontrarse en los movimientos obreros del siglo XIX (Abendroth)<sup>151</sup>, en la máxima revolucionaria de la fraternidad que se contiene en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Forsthoff)<sup>152</sup> o en la recuperación de la idea de justicia social y de igualdad (Heller)<sup>153</sup>.

En cualquier caso, y con independencia de cuáles sean sus orígenes, nos interesa destacar que el Estado social nace como contrapunto al Estado liberal, pero sin rupturas; es decir, nace como el fruto de una evolución de la sociedad que supera los presupuestos liberales y exige la consecución de fines que el Estado en su formulación

---

<sup>150</sup>Una síntesis de las doctrinas acerca del Estado social de Derecho en Abendroth y Forsthoff la encontramos en el artículo de MEIL LANDWERLIN, G., “El Estado social de Derecho: Forsthoff y Abendroth, dos interpretaciones teóricas para dos posiciones políticas”. *REP*, nº. 42, nov.-dic. 1984, pp. 211 y s. Concretamente ver p. 212 a 214.

<sup>151</sup>Cfr. ABENDROTH, W., *El Estado social*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

<sup>152</sup>Cfr. FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad industrial : el modelo de la República Federal Alemana*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

<sup>153</sup>Cfr. HELLER, H., *Teoría del Estado*, 2ª edición. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

liberal no puede alcanzar<sup>154</sup>. Por un lado, como afirma A. TORRES DEL MORAL “el Estado social no espera a que el mercado autorregule su funcionamiento, sino que lo dirige él mismo”<sup>155</sup>. Lejos queda el Estado abstencionista que no interfiere en la esfera de libertad de los individuos ni, por tanto, en las reglas del juego económico y comercial. En este sentido, resulta bien sabido que el Estado liberal nació como reacción al intervencionismo estatal característico del mercantilismo<sup>156</sup>. En ese momento, los individuos (la burguesía fundamentalmente) reaccionaron contra un sistema de economía organizada por el Estado, demandando un liberalismo económico que les permitiese desarrollar sus intereses económicos libremente<sup>157</sup>. Pero un siglo después, las transformaciones sociales y económicas hicieron necesaria la presencia estatal ante el “colapso del Estado burgués liberal decimonónico”<sup>158</sup>. En este contexto, el Estado social surge con objetivos bien precisos de redistribución de la riqueza, aunando al valor libertad imperante en el Estado liberal, principios derivados de la idea de solidaridad e igualdad.

Por otro lado, resulta bien sabido que los fines del Estado social no se limitan exclusivamente a regular el mercado, sino que se introducen en la parte dogmática de las constituciones. Un ejemplo

---

<sup>154</sup>Como señala JIMENA QUESADA, L., en sus orígenes el Estado social planteó un debate en el seno de la izquierda política: los defensores de una transformación del Estado *desde* el Estado, y los que estimaban que la transformación debía realizarse *frente* al Estado. HELLER, se inclinó por una transformación desde el Estado que ha imperado en los países de la Europa occidental. *La Europa social y democrática de Derecho*, op. cit., p. 53.

<sup>155</sup>Cfr. TORRES DEL MORAL, A., *Estado de Derecho y democracia de partidos*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM., Madrid, 1991, p. 78.

<sup>156</sup>El mercantilismo es un sistema económico que coincide con la formación de los Estados occidentales en el s. XVI y que se caracteriza por la intervención del Estado en la organización de la economía. Un estudio pormenorizado de las consecuencias de este sistema en los Estados europeos y más concretamente en España lo encontramos en ESCUDERO, J.A., *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 6ª edición, 1990, pp. 663 a 675.

<sup>157</sup>Si bien, como expresa TORRES DEL MORAL, A., “El Estado liberal nunca fue tan abstencionista como el modelo teórico daba a entender”, op. cit., p. 83.

<sup>158</sup>Ver ALVÁREZ CONDE, E., *Curso de Derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2ª edición 1996, p. 108.

paradigmático, -por ser el primero-, lo encontramos en la Constitución de Weimar de 1919 que situó junto a los clásicos derechos civiles y políticos, otros de claro contenido social. Actualmente y salvando las particularidades de cada Estado, puede afirmarse que todas las constituciones de los Estados miembros reconocen y protegen los derechos sociales junto con los civiles y políticos, lo que implica un cambio del estatuto del Estado, que ya no sólo se limita a desempeñar un rol pasivo (no incidiendo en la esfera de libertad de los particulares), sino que adopta una posición activa (procurando la efectividad de los derechos sociales y económicos). Su asimilación por los órdenes jurídicos de los Estados miembros convierte a los presupuestos del Estado social, -como veremos en el capítulo 2-, en parte integrante del patrimonio constitucional europeo de los derechos fundamentales.

En suma, los cambios sociales que marcan el paso del Estado liberal burgués del s. XIX al Estado industrial y post-industrial del XX, hicieron necesario un replanteamiento del papel que debía representar el Estado en la sociedad. Este proceso, culminó con la aceptación del modelo social<sup>159</sup>. No obstante, algunos autores entienden que este modelo ha sufrido una importante crisis<sup>160</sup>, mientras que otros consideran que ésta no se debe a una crisis de los presupuestos del Estado social, sino a la falta de una adecuación de los Estados contemporáneos a las necesidades sociales<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup>Cfr. TORRES DEL MORAL, A., op. cit., p. 79.

<sup>160</sup>Un estudio específico de esta cuestión lo encontramos en la obra de DE CABO MARTÍN, C., *La crisis del Estado social*, Promociones Publicaciones Universitarias, 1986.

<sup>161</sup>En este sentido LUCAS VERDÚ, P., afirma que “Es un tópico extendido la crisis del Estado social. Esta crisis es una manifestación concreta de la crisis de nuestra civilización en la medida que el Estado contemporáneo, como Estado social o de bienestar, no ha sido capaz de relacionarse adecuadamente con la sociedad”. “Estado de Derecho, Derecho constitucional promotor y normas constitucionales de principio”. En *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*. Vol. I. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 553.

c. La evolución expuesta hasta aquí, encuentra en el “Estado social y democrático de Derecho” su estadio actual<sup>162</sup>. Hoy en día, ésta es la fórmula aceptada por los Estados actuales para definirse y, en torno a la cual se articula el sistema capitalista<sup>163</sup>. Así, la aceptación de los presupuestos de esta expresión, así como la inclusión misma de esta fórmula en las constituciones de los Estados miembros es casi unánime como tendremos ocasión de comprobar posteriormente (ver supra B).

Ahora bien, ¿qué significa “Estado social y democrático de Derecho”? o dicho de otro modo ¿qué aporta esta fórmula a la evolución anterior?. El profesor TORRES DEL MORAL entiende que el Estado social y democrático de Derecho añade al Estado social “soberanía popular, pluralismo político y participación ciudadana en la vida política, social, cultural y económica...”<sup>164</sup>. De este modo, esta noción aporta a la idea de solidaridad e igualdad presente en el Estado social, la presencia de elementos democráticos que garantizan el control del poder por el pueblo<sup>165</sup>. Sin entrar en mayores consideraciones, el Estado social y democrático de Derecho conseguiría aunar los presupuestos del Estado de Derecho (separación de poderes, preeminencia de la ley, subordinación de la Administración a la ley, declaración y protección de los derechos fundamentales) y del Estado social (intervencionismo estatal para conseguir un sistema igualitario y solidario), a los principios

---

<sup>162</sup>Aludimos a estas nociones aun sabiendo que, como señala E. ÁLVAREZ CONDE, la distinción entre Estado de Derecho y Estado social y democrático de Derecho, no es pacífica, *Curso de Derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1996, p. 109.

<sup>163</sup>Ver, DE CABO MARTÍN, C., op. cit., p. 16.

<sup>164</sup>Ver TORRES DEL MORAL, A., op. cit., p. 86.

<sup>165</sup>De hecho debe tenerse en cuenta que la evolución desde el Estado de Derecho “liberal” hasta el Estado social y democrático de Derecho es ciertamente importante. Recordamos que en sus orígenes “liberalismo” y “democracia” no eran fácilmente conciliables. En este sentido, ROSENKRANTZ, C.F., en su introducción a la edición en castellano de ACKERMAN, B., *La justicia social en el Estado liberal*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 13, subraya que mientras “la democracia es sinónimo de soberanía popular (...) el liberalismo es sinónimo de limitación del soberano”. La conciliación de las exigencias de uno y otro concepto, junto a la asimilación del Estado como

derivados de la democracia, a cuyo estudio ya dedicamos la sección anterior.

La muestra de una posible independencia, tanto teórica como práctica, de las nociones de democracia y de Estado de Derecho con las que comenzamos la redacción de esta segunda sección, se diluye pues en el estadio de evolución en el que nos encontramos actualmente. Baste para concluir en estos momentos que sólo en un sistema democrático puede desarrollarse con toda su intensidad un Estado social de Derecho. De esta forma, como ya avanzamos anteriormente, los dos conceptos abordados como fundamento de la cultura jurídica europea – democracia y Estado de Derecho- se entrelazan, de suerte que en todos los Estados miembros de la Unión europea se materializan conjuntamente. Esto no impide que, como veremos posteriormente, las concretizaciones prácticas de estos dos pilares básicos de los ordenamientos jurídicos contemporáneos se materialicen en regulaciones nacionales concretas muy diversas.

En cualquier caso, una vez planteada la línea evolutiva seguida por la idea de Estado de Derecho, conviene centrarse en precisar qué elementos lo conforman. Precisamente a este particular consagraremos el epígrafe siguiente.

## 2.- Los principios que conforman el Estado de derecho en sentido formal

Como afirma el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, “Lo que distingue a unos Estados respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferentes épocas históricas, no es, (...), que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho”<sup>166</sup>. Teniendo bien presente esta reflexión, aunque sin abordar las cuestiones que plantea la noción misma de

---

Estado social ha requerido, por tanto, de una paulatina evolución no exenta de complicaciones habida cuenta de la propia complejidad de la cuestión.

<sup>166</sup>Ver, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., op. cit., p. 419.

Derecho (lo cual excedería ampliamente el objeto de este estudio), la presente investigación nos exige definir de manera general el contenido del concepto “Estado de Derecho” en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea. Con un análisis de este tipo, será posible alcanzar el objetivo concreto de este epígrafe: saber cuáles son las características que definen la noción de Estado de Derecho por ser compartidas por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

Así, si bien la noción de Estado de Derecho comprende una pluralidad de contenidos, su estudio puede desarrollarse en torno a dos de los elementos principales que lo caracterizan: los formales (derivados de la preeminencia del Derecho y de la jerarquía normativa) y los materiales (la separación de poderes y el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales).

Al margen de esta distinción, -que como veremos queda diluida en la práctica-, el Estado de Derecho se caracteriza por la convergencia de ciertos elementos que lo definen. E. DÍAZ distingue 4 notas características esenciales que debe poseer “todo auténtico Estado de Derecho”: el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la Administración y la garantía de los derechos y libertades fundamentales<sup>167</sup>.

Con carácter general, se constata que en todos los Estados miembros de la Unión europea, la división de poderes, el sometimiento de la actividad de la Administración a la Ley y la protección de los derechos fundamentales, son principios presentes indiscutiblemente en los ordenamientos jurídicos en estudio. Ahora bien, admitiendo que los principios que componen el genérico Estado de Derecho son parte integrante del patrimonio constitucional europeo, resulta necesario que

---

<sup>167</sup>Cfr. DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Taurus, 9ª ed., 1998, fundamentalmente pp. 44 y s.

precisemos cuál es su contenido y alcance, desde su definición hasta su concretización en los sistemas jurídicos estatales y en el orden jurídico comunitario. Sólo de este modo podremos conocer realmente los presupuestos del Estado de Derecho comunes a todos los Estados, así como las divergencias que, en las concretas regulaciones estatales, se alejan del denominador común. Advertimos de nuevo, que en estos momentos dejamos al margen la declaración y protección de derechos fundamentales cuyo análisis constituye el objeto específico del siguiente capítulo.

a. El imperio de la ley o preeminencia del Derecho aparece como la premisa necesaria que caracteriza al Estado de Derecho; la ley, como manifestación de la soberanía popular, debe ser respetada por todos<sup>168</sup>. Así, tanto los individuos como los poderes públicos quedan sometidos a la Constitución, a las leyes y a las decisiones jurisdiccionales. De este principio general se derivan otros más concretos: la seguridad jurídica, el derecho al juez, la jerarquización normativa, la interpretación conforme a la Constitución, el control de la constitucionalidad de las normas, la interdicción de la arbitrariedad de la Administración. Todos estos principios que conforman el contenido del Estado de Derecho constituyen, asimismo, la base en la que se asientan todos los órdenes jurídicos de los Estados miembros.

Estrictamente, el imperio de la ley supone que toda actuación de la Administración debe estar legitimada por la existencia de una ley previa, evitándose, así, la discrecionalidad administrativa. Esta construcción conlleva el establecimiento de una jerarquía normativa que fundamente el orden jurídico en su conjunto; de este modo, la diferente posición jerárquica de una norma condiciona su validez a su conformidad

---

<sup>168</sup>Frente a la visión de E. DÍAZ, op. cit. p. 50, que entiende que en el Estado de Derecho, la ley debe emanar de una asamblea elegida democráticamente; otros autores siguiendo criterios más formalistas entienden que el elemento esencial del Estado de Derecho se encuentra en la existencia de una ley previa, con independencia de que emane de un poder democrático o no. En este sentido, ver ALVAREZ CONDE, *Curso de Derecho constitucional*, op. cit, p. 96.

con la norma jerárquicamente superior. Por tanto, para ser válidas, las normas reglamentarias de la Administración deben ser conformes a la ley elaborada por el Parlamento que, a su vez, encuentra su validez en su conformidad con la Constitución. De hecho, siguiendo esta formulación, las normas en sí mismas no poseen valor jurídico, sino que lo adquieren de su relación con las demás normas<sup>169</sup>. En este marco, el control de constitucionalidad de las normas, -cuya legitimidad democrática es ciertamente discutida en algunos Estados- adquiere, como tendremos ocasión de analizar, una gran relevancia (ver infra capítulo 2, sección 2 B).

b. El principio de separación de poderes surgió como instrumento de lucha contra el absolutismo real. En general, y prescindiendo de las circunstancias históricas en las que nació, este principio supone la división del ejercicio del poder estatal, de modo que cada poder público resultante sea titular de una serie de funciones. Esta división permite, por tanto, establecer un sistema de pesos y contrapesos que, en la práctica, evita la concentración de poder<sup>170</sup>.

Según la clásica distinción de MONTESQUIEU, el poder del Estado se dividiría en tres ramas: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Esta división implica la atribución a cada uno de los poderes de unas concretas funciones. De este modo, al poder Legislativo, con carácter general, le corresponde expresar la voluntad del pueblo a través de la elaboración de normas generales y abstractas: la ley. El Ejecutivo tendría por misión concretar esos presupuestos legales y, finalmente, el poder Judicial se encargaría de resolver los eventuales conflictos que se

---

<sup>169</sup>Cfr. ROUSSEAU, D., *La justice constitutionnelle en Europe*. Montchrestien, París, 3ª edición, 1998, p. 20.

<sup>170</sup>Sobre el contexto histórico preciso en el que MONTESQUIEU elaboró esta construcción, así como los componentes político y funcional de la división de poderes según Montesquieu, nos remitimos a las consideraciones de DE AGAPITO SERRANO, R., *Libertad y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1989, fundamentalmente pp. 148 y s.

suscitaran en la práctica de la aplicación del Derecho a los casos concretos.

Evidentemente, la separación de poderes no cabe entenderla como una división estricta que ordena las funciones del Estado en tres departamentos estancos comunicados entre sí<sup>171</sup>. La dinámica del poder exige la flexibilidad necesaria que permita la gobernabilidad de los Estados<sup>172</sup>. Pero al margen de la imprescindible adecuación del principio de separación de poderes a las exigencias impuestas por la práctica, resulta indiscutible que este principio otorga un papel primordial al poder Legislativo en la elaboración de la ley. Ley a la que, como ya avanzamos, todos los poderes y los particulares quedan sometidos. Esta subordinación a la voluntad general despliega un interés especial en las relaciones entre el poder Legislativo y el Ejecutivo: la sumisión de la Administración a la Ley o, dicho de otro modo, la interdicción de la arbitrariedad administrativa.

c. La genérica interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, más concretamente, la subordinación de la Administración al imperio de la ley (sin perjuicio de la supremacía de la Constitución) supone que la actuación administrativa (o del poder público de que se trate) debe limitar sus posibles actuaciones a lo dispuesto previamente en una ley formal<sup>173</sup>. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA define

---

<sup>171</sup>Cfr. DÍAZ, E., op. cit., p. 46.

<sup>172</sup>Las complicadas situaciones que surgen en cualquiera de los Estados contemporáneos demuestran que la clásica separación de poderes de Montesquieu no es más (ni menos) que una construcción teórica de indudable repercusión práctica pero de imposible materialización sin una flexibilización de sus presupuestos. No nos resistimos a remitir al lector a “la realidad” de un Estado (España) y de una época (la reciente democracia española) que NIETO, A., se encarga de describir en *La organización del desgobierno*. Ariel, Barcelona, 4ª. edición, 1988.

<sup>173</sup>Ciertamente un análisis del principio de legalidad de la Administración corresponde al Derecho administrativo, por ello nos remitimos en este aspecto al *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Cívitas, Madrid, 6ª. edición, 1993 del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Fundamentalmente nos interesa destacar la exposición que, en perspectiva histórica, realiza el autor abordando la doctrina de la vinculación negativa de la Administración a la ley y la “universalmente”

claramente el contenido de este principio del siguiente modo: “toda acción administrativa se nos presenta (...) como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”<sup>174</sup>.

d. Respecto a los principios materiales derivados del Estado de Derecho, se constata también que su contenido ha sufrido una importante evolución en aras a su adecuación a las nuevas exigencias aparecidas en el siglo XX. Evolución que le ha otorgado una “nueva dimensión”<sup>175</sup>. En efecto, el Estado de Derecho no es solamente un principio formal, no es el Estado “de n’importe quel droit”, hay un contenido que respetar. La visión kelseniana que vacía de contenido el concepto de Estado de Derecho al entender que todo Estado es por naturaleza un Estado de Derecho no tiene cabida en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión. El mero respeto de las exigencias formales del Estado de Derecho no basta; es preciso que confluyan sus elementos materiales<sup>176</sup>. Así, los dos aspectos, formal y material, forman un todo. De suerte que los principios formales extraídos del Estado de Derecho se convierten en componentes del Estado de Derecho material. Por ello, la protección de los derechos fundamentales, en cuanto elemento sustantivo del Estado de Derecho aparece como uno de los parámetros principales que definen las sociedades occidentales.

Ahora bien, la convergencia que caracteriza la comprensión de la noción de Estado de Derecho en los órdenes jurídicos de referencia, ¿se materializa de modo similar en las concretas regulaciones estatales?. Para poder dar una respuesta a esta cuestión es preciso analizar, cuanto

---

aceptada en nuestros días vinculación positiva de la Administración a la legalidad que implica que *sólo* cuando la Administración cuenta con la necesaria cobertura legal previa, su actuación es legítima.

<sup>174</sup>Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *ibidem*, p. 429.

<sup>175</sup>Ver CHEVALLIER, J., *L’Etat de droit*. Montchrestein. 2ª ed., 1994, fundamentalmente, pp. 73 y s.

<sup>176</sup>Ver HAMON, L., “L’Etat de droit et son essence”, *op. cit.*, p. 702.

menos, las materializaciones concretas de algunos de los elementos característicos del Estado de Derecho en los órdenes jurídicos de los Estados miembros. Sólo de este modo podrán extraerse las oportunas conclusiones.

B) La recepción de la noción de Estado de Derecho en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea

Las estructuras constitucionales modernas responden a las exigencias derivadas del principio de separación de poderes: “Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir”<sup>177</sup>. La máxima de MONTESQUIEU responde a la necesidad de controlar el poder mediante su división<sup>178</sup> garantizando así en último término la libertad de los ciudadanos<sup>179</sup>. Siguiendo estas premisas, como hemos señalado anteriormente, los órdenes jurídicos de los Estados miembros responden, en esencia, a la clásica división tripartita: poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Con carácter general puede avanzarse, ya desde estas líneas, que el contenido básico del Estado de Derecho se encuentra bien presente en las constituciones nacionales en estudio. Esta circunstancia puede percibirse fácilmente con la simple lectura de los textos constitucionales nacionales. Así, a título de ejemplo, la Constitución española en su Preámbulo reconoce expresamente su voluntad de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”, intención que se concreta en el

---

<sup>177</sup>Cfr. MONTESQUIEU. *De l’Esprit des Lois*, XI, 4.

<sup>178</sup>En este sentido, ver ARAGÓN REYES, M., “Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado”. En *Parlamento y Control del Gobierno*. Aranzadi, 1998, cuando afirma que “Poder dividido es, pues, poder limitado”, p. 30.

<sup>179</sup>Para obtener una panorámica general de los orígenes y evolución de la doctrina de la separación de poderes, recomendamos la lectura de BLANCO VALDÉS, R.L., *El valor de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, pp. 37 y s.

artículo 1 del Texto constitucional cuando afirma que “España se constituye en un Estado de Derecho...”<sup>180</sup>. En Alemania, el Estado de Derecho expresa “una visión de conjunto de la vida constitucional”<sup>181</sup>, esto es, inspira la totalidad del ordenamiento jurídico. Los elementos formales y materiales que componen el Estado de Derecho aparecen así reconocidos expresamente en todo el articulado de la Ley Fundamental de Bonn. De este modo, el artículo 20. 2 LFB consagra el principio de separación de poderes<sup>182</sup>, reconociéndose la preeminencia de la ley en el artículo 20.3 LFB. Ahora bien, el *Rechtsstaatsprinzip* presenta un contenido más profundo del que puede extraerse de su literalidad, en cuanto que incluye la idea de Justicia<sup>183</sup> exigiendo además que las normas jurídicas sean claras y precisas<sup>184</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán incluye el principio de proporcionalidad<sup>185</sup> y de interpretación conforme a los derechos fundamentales de todo el ordenamiento, no sólo como elemento del Estado de Derecho en sentido material (protección de los derechos fundamentales), sino también del formal.

Por otra parte, en Gran Bretaña el principio de sometimiento a la ley o *rule of law* se refiere al deber de que los actos del Poder ejecutivo se funden en la autoridad del Parlamento<sup>186</sup>. De este modo, el Ejecutivo no puede actuar arbitrariamente, aunque para el caso que lo hiciera se prevé un sistema de recursos tendente a poner fin a esta situación. A

---

<sup>180</sup>Sobre la recepción en España de la cláusula del “Estado social” del significado del calificativo “democrático” y más concretamente del estudio del Estado español como “Estado social y democrático de Derecho”, ver GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos, Madrid, 1984.

<sup>181</sup>Cfr. AUTEXIER, C., *Introduction au droit public allemand*. PUF, París, 1997, p. 103. Cita literal: “l’Etat de droit exprime en Allemagne une vision d’ensemble de la vie constitutionnelle”.

<sup>182</sup>La separación de poderes es calificada por el Tribunal Constitucional alemán como principio fundamental del orden constitucional liberal. *BVerfGE* 2, 1 [13] I SRP. Referencia dada por AUTEXIER, C., *Ibidem*, p. 104.

<sup>183</sup>*BVerfGE* 21, 378 [388] II.

<sup>184</sup>*BVerfGE* 21, 73 [79] I.

<sup>185</sup>*BVerfGE* 19, 342 [348 y s.] I.

<sup>186</sup>Ver, GREWE, C. y RUIZ-FABRI, H., *op. cit.*, p. 23.

diferencia de la noción de Estado de Derecho continental, la *rule of law* inglesa presenta un contenido más limitado, ya que no incluye explícitamente la separación de poderes y, debido a las particularidades que presenta el sistema constitucional inglés, los derechos fundamentales no gozan de ninguna protección reforzada<sup>187</sup>.

Con carácter más general, debe reconocerse que la expresión “Estado de Derecho” no aparece como tal explícitamente recogida en todas las constituciones de los Estados miembros, pero sin duda los dos elementos principales de este concepto: la preeminencia del Derecho y la declaración y protección de los derechos fundamentales son una constante en el conjunto de los órdenes jurídicos estatales europeos.

Ciertamente, y sólo con esta somera incursión en los órdenes jurídicos estatales, resulta indiscutible que en la actualidad el Estado de Derecho constituye “uno de los símbolos principales de los Estados democráticos”<sup>188</sup>, constituyéndose en uno de los principios de convergencia jurídica más arraigados en nuestros días. Precisamente para apoyar esta afirmación, a continuación nos centraremos en el estudio concreto de dos de los elementos característicos del Estado de Derecho; estudio que nos permitirá profundizar en el análisis de las convergencias y divergencias que la materialización de los presupuestos del “Estado de Derecho” genera en las regulaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión: el principio de separación de poderes (1) y de jerarquía normativa (2).

---

<sup>187</sup>Ibídem, pp. 24 y 25.

<sup>188</sup>Cfr. KRINGS, E., “Considération sur l’État de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire”. *Journal des Tribunaux*, 1989, p. 521. En el mismo sentido, GROTE, R., destaca la importancia de la aceptación del principio del Estado de Derecho como elemento necesario para pasar de la dictadura comunista al orden democrático y pluralista en los Estados del Este. “L’État de droit dans les Constitutions et la jurisprudence constitutionnelle des pays de l’Europe centrale et de l’Europe de l’Est. Un premier bilan”. *RBDC*, 1999, 4, p. 371.

## 1.- La materialización del principio de separación de poderes en los órdenes jurídicos estatales

En nuestros días, el principio de separación de poderes se manifiesta en la configuración concreta de las estructuras constitucionales de los Estados miembros de la Unión europea. No en vano, el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, ya en 1789, erigió a la separación de poderes en principio integrante de la propia esencia de Constitución y así ha sido aceptado por la totalidad de las constituciones modernas<sup>189</sup>. Pero, más concretamente, la separación de poderes se materializa actualmente en torno a dos formas de gobierno principales: el régimen parlamentario y el presidencial.

El *régimen parlamentario*, ya desde sus orígenes<sup>190</sup>, se caracterizaba por la existencia de una Asamblea que deliberaba sobre ciertas cuestiones antes reservadas al monarca. En la actualidad, resulta innegable el papel preponderante que ostenta el parlamentarismo en Europa<sup>191</sup>. H. KELSEN expresa claramente esta idea cuando afirma que “aunque la democracia y el parlamentarismo no son términos idénticos, no cabe dudar en serio -puesto que la democracia directa no es posible en el Estado moderno- que el parlamentarismo es la única forma real en que puede plasmarse la idea de la democracia dentro de la realidad presente. Por ello, el fallo sobre el parlamentarismo es, a la vez, el fallo sobre la democracia”<sup>192</sup>. Ahora bien, no debe olvidarse que el régimen

---

<sup>189</sup>En este sentido, ver CHEVALLIER, J., “La séparation des pouvoirs”. En *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989. Journée d'études des 16-17 mars 1989*. Economica. Presses Universitaires de Marseille, 1990, p. 113.

<sup>190</sup>El Parlamentarismo nace en Gran Bretaña a principios del siglo XIII.

<sup>191</sup>Un estudio pormenorizado del régimen parlamentario que demuestra la preeminencia de este régimen, lo encontramos en LAUVAUX, Ph., *Le Parlementarisme. Que sais-je?*. PUF, 1987 y COLLIARD, J-C., *Los regímenes parlamentarios contemporáneos*. Traducción español, Blume, Barcelona, 1981.

<sup>192</sup>Cfr. KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*. Ariel, Barcelona, 1977, p. 50. ARAGÓN REYES, M., se hace eco de esta posición en “Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado”, op. cit., p. 33.

parlamentario no ha sido siempre democrático. De hecho, hasta bien comenzado el siglo XX, el sufragio censitario y la naturaleza misma de los partidos políticos alejaban claramente los sistemas parlamentarios de las exigencias impuestas por el principio democrático.

En nuestros días, sin embargo, el sistema parlamentario se construye en el respeto de los presupuestos democráticos. Concretamente, este sistema aparece definido por los siguientes trazos característicos: en primer lugar, su esencia se encuentra en la colaboración entre poderes, para lo cual este sistema establece distintos mecanismos jurídicos<sup>193</sup>. En este sentido, la esencia del parlamentarismo se manifiesta en la asociación de dos elementos principales: “el ejecutivo bicéfalo y la responsabilidad del gobierno ante una asamblea representativa”<sup>194</sup>. En segundo lugar, y directamente relacionado con lo anterior, en todos los Estados miembros parlamentaristas, el Gobierno debe contar con la confianza del Parlamento<sup>195</sup> y en todos ellos, además, el Gobierno tiene que responder políticamente ante el Parlamento<sup>196</sup>.

La responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento se desarrolla mediante diversos procedimientos. Así, a título de ejemplo puede citarse que los miembros del Gobierno están obligados a responder a las cuestiones que les plantee el Parlamento<sup>197</sup>. Pero, sin

---

<sup>193</sup>Las características de los regímenes presidencialista y parlamentarista se desarrollan con claridad por SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado constitucional*. Ariel, 1993, pp. 299 y s. También recomendamos las obras de DE VERGOTTINI, G., op. cit., p. 302 y s. y BURDEAU, G. y otros, en *Manuel de droit constitutionnel*. LGDJ, 24 edición, París, 1995, p. 116 y s.

<sup>194</sup>Definición de COLLIARD, J-C., op. cit., p. 22.

<sup>195</sup>Así se establece entre otros en los arts. 63 LFB; 99 Const. española; 94 Const. italiana;

<sup>196</sup>En este mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ AGESTA, L., que destaca que “el principio de control del Parlamento (...) es al mismo tiempo expresión y matización del principio de división de poderes. Con este régimen, los poderes se mantienen separados, al mismo tiempo que se enlazan entre sí...”. En “División de poderes y poder de autoridad del Derecho”. *REDC*, nº. 25, 1989, p. 11.

<sup>197</sup>A título de ejemplo destacamos los arts. 43.1 y 53 LFB; 48.2 Constitución francesa; 66.3 Constitución griega; 111 Constitución española; 80.2 Constitución luxemburguesa; 53 Constitución danesa; 100.2 Constitución belga.

duda la sanción más grave que el Parlamento puede ejercitar es la que impone la dimisión del ministro o ministros responsables o, en su caso, de la totalidad del gabinete (moción de censura)<sup>198</sup>. En contrapartida, el Gobierno dispone de la potestad de disolver una o ambas Cámaras, lo que proporciona una interesante arma política al Gobierno<sup>199</sup>.

Por otra parte, el *régimen presidencial* se caracteriza por la separación rígida de poderes en la que tanto el poder Legislativo como el Ejecutivo encuentran su legitimación directamente en el pueblo. Ciertamente, ninguno de los Estados miembros de la Unión cuenta con un sistema que reúna todas las características definitorias del presidencialismo. Sólo el orden jurídico francés se distancia más de las notas comunes compartidas por el resto de los Estados miembros ya que los presupuestos característicos del parlamentarismo conviven, en Francia, con el refuerzo de la figura del Jefe del Estado, configurándose una forma de gobierno comúnmente denominada semi-presidencial<sup>200</sup>.

Pero, al margen de que los Estados miembros puedan definirse como parlamentarios, presidenciales o semi-presidenciales, es posible constatar la existencia de una importante convergencia inicial en la totalidad de los sistemas jurídicos nacionales en estudio: todos los Estados miembros de la Unión Europea poseen una Asamblea representante del pueblo (convergencia esencial derivada de un común respeto de las exigencias democráticas), con funciones legislativas y de

---

<sup>198</sup>Ver en este sentido los artículos 67 LFB; 74 Constitución austriaca; 46.2 Constitución belga; 15 Constitución danesa; 113 Constitución española; 49.2 Constitución francesa, entre otras.

<sup>199</sup>Como señala ARNALDO ALCUBILLA, E., "La disolución es (...) un arma política que la Constitución pone en manos del Gobierno para poner fin anticipadamente a la vida del Parlamento, en el momento que aquél estima propicio". "El mandato parlamentario. La disolución anticipada y la prolongación del mandato, Las instituciones de continuidad". En *Los Parlamentos de Europa y el Parlamento europeo*, (dir. J.M<sup>a</sup>. GIL-ROBLES). CYAN, Proyectos y producciones editoriales, Madrid 1997, p. 54.

<sup>200</sup>Sobre el modelo francés de separación de poderes, analizado en perspectiva histórica, recomendamos especialmente la lectura de CHEVALLIER, J., "La

control del Gobierno. Ahora bien, en cuanto se desciende al análisis de los modelos parlamentarios (o semi-presidenciales) de cada Estado miembro de la Unión europea, esta convergencia inicial deja paso a múltiples divergencias jurídicas respecto a la organización y funcionamiento del Parlamento, del régimen electoral, de los tipos de control parlamentario, del alcance de los mismos, etc.

Precisamente para apreciar el alcance de las divergencias en este ámbito, -y dado que resulta imposible en el marco de esta investigación, analizar con detalle las regulaciones globales estatales-, hemos optado por detenernos en un aspecto muy concreto que muestra que, en la práctica, la aceptación mayoritaria del rol fundamental del Parlamento, genera, sin embargo, un buen número de regulaciones divergentes en los Estados miembros: ¿bicameralismo o monocameralismo?.

En efecto, la organización y funcionamiento del Parlamento provoca una primera gran divergencia que se manifiesta en dos opciones fundamentales: que el Parlamento se estructure en torno a una sola Cámara o a dos. Y, a su vez, dentro del bicameralismo se producen de nuevo divergencias relativas a la posición y funciones que los distintos ordenamientos jurídicos atribuyen a cada una de las Cámaras en el marco de los procesos de toma de decisiones.

Así, un ejercicio de Derecho comparado nos permite apreciar que entre los Estados miembros de la Unión, el monocameralismo se impone en Grecia, Portugal, Luxemburgo, Dinamarca, Finlandia y Suecia; imperando el bicameralismo en el resto de los Estados miembros<sup>201</sup>. Por otra parte, dentro de los Estados con Parlamento bicameral, la

---

séparation des pouvoirs". En *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, op. cit., pp. 129 y s.

<sup>201</sup>No entraremos a describir las razones históricas, sociales, etc. que propiciaron el nacimiento del bicameralismo. Para un estudio en profundidad de esta cuestión nos remitimos al trabajo de MASTIAS y GRANGER (dir), *Les secondes chambres du Parlement en Europe occidentale*. Economica, París, 1987.

composición y el papel que juegan las Segundas Cámaras varía sustancialmente de unos Estados a otros. Así, en los Estados federales y regionales la legitimidad de la Segunda Cámara resulta fácilmente demostrable: mientras el Parlamento representa al “pueblo”, el Senado ostenta la representación territorial. En los Estados de tradición unitaria la justificación de la existencia de esta Cámara resulta más discutible lo que provoca importantes discusiones políticas y doctrinales acerca de su utilidad y legitimación<sup>202</sup>.

En cuanto a los poderes que tienen asignadas las Segundas Cámaras también éstos varían enormemente de un Estado a otro<sup>203</sup>. Limitándonos exclusivamente a la función legislativa, se constata que mientras en Estados como Francia, Italia, Países Bajos y España, entre otros, ambas Cámaras participan en la elaboración de las leyes; en otros, de tradición federal como Alemania y Bélgica la Constitución distingue entre leyes votadas exclusivamente por el Parlamento y leyes votadas por ambas Cámaras<sup>204</sup>.

Las controversias doctrinales que generan las diferentes opciones expuestas son ya clásicas y, en lo que a nuestro estudio interesa, denotan claramente la falta de consenso entre las diversas opciones elegidas por los quince Estados miembros.

---

<sup>202</sup>Resulta especialmente interesante el estudio de GHEVONTIAN, R., “Faut-il réformer le Sénat?”. Ponencia presentada al IV Congrès Français de Droit constitutionnel, celebrado en Aix-en-Provence los 10, 11 y 12 de junio de 1999. En él se aboga por la supresión de la Cámara Alta en Francia al considerar el autor que en un Estado unitario el Senado es una institución “inútil”.

<sup>203</sup>El bicameralismo imperante en los Estados miembros no otorga a las dos Cámaras idéntico poder. Se trata de un bicameralismo no igualitario. No obstante, dependiendo de cada Estado el Senado ostenta más o menos prerrogativas.

<sup>204</sup>Un estudio comparado sobre el patrimonio parlamentario común lo encontramos en el artículo de KORTMANN, C., “Un patrimoine parlementaire commun est-il pensable?”. En *Le patrimoine constitutionnel européen*, op. cit. pp. 98 y s.

Evidentemente, parece que el bicameralismo sólo se justificaría si las dos Cámaras tuvieran una composición diferente. No tendría sentido que existieran dos Cámaras idénticas, elegidas del mismo modo y con poderes similares. Esta circunstancia únicamente tendría por efecto retardar los procesos legislativos, sin procurar en contrapartida ningún efecto favorable a la democracia. Por ello, en el sistema bicameral, con carácter general, hay una cámara elegida por sufragio universal directo que representa a los ciudadanos y una segunda cámara de composición diversa, ya sea aristocrática (Cámara de los Lores inglesa), ya sea territorial (en los Estados plurales), ya sea económica (miembros elegidos por organizaciones profesionales)<sup>205</sup>, que representa intereses de distinta naturaleza.

Por su parte, el principal argumento favorable al monocameralismo trata de demostrar que el bicameralismo o bien es inútil o bien es antidemocrático<sup>206</sup>. Por consiguiente, una única cámara elegida democráticamente por el pueblo, representaría perfectamente y con mayor eficacia a sus representados. Por el contrario, los defensores del bicameralismo abogan por este sistema aduciendo que la existencia de dos cámaras con criterios de composición diversos permite controlar a la mayoría otorgando una posición de contrapeso a las minorías representadas en la Segunda cámara. En la actualidad el debate continúa, acentuándose las críticas al sistema bicameral que lleva a algunos autores a hablar incluso de crisis del bicameralismo<sup>207</sup>.

En cualquier caso, en estas líneas no podemos más que concluir que respecto a la estructura de la Asamblea de representantes del pueblo no existe una convergencia que nos permita incluir una de estas opciones en el patrimonio constitucional común, lo cual no afecta ni un

---

<sup>205</sup>Nos remitimos en esta materia al *Manuel de droit constitutionnel*, de BURDEAU, G, y otros, 24 edición. LGDJ, 1995, concretamente pp. 131 y 132.

<sup>206</sup>En este sentido ver la exposición de VEDEL, G., en *Droit constitutionnel*. Sirey, 1949, p.175.

<sup>207</sup>Cfr. GREWE, C. Y RUIZ-FABRI, H., *Droits constitutionnels européens*, op.cit., pp. 456 y s.

ápice a la convergencia total existente respecto a la aceptación del Parlamento como institución suprema en el contexto de los sistemas democráticos actuales. Por tanto, constatamos de nuevo que una convergencia absoluta en cuanto a un principio genérico puede provocar, en sus materializaciones concretas, divergencias absolutas.

2.- La jerarquía normativa. En concreto, la posición de la Constitución en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea

Exceptuando al orden jurídico inglés, los restantes ordenamientos jurídicos en estudio fundamentan la validez de sus normas mediante su jerarquización<sup>208</sup>. De este modo, las distintas normas jurídicas dependiendo del órgano del que emanen, del procedimiento utilizado para su elaboración, etc., ostentarán una determinada posición en la “pirámide normativa” que explicará sus relaciones de validez con el resto de las normas jerárquicamente superiores o inferiores. Ciertamente, entendemos que no es preciso exponer en estas líneas el significado de esta construcción; sin embargo, sí creemos que es interesante destacar, por la especial incidencia que esta cuestión presenta en el orden jurídico comunitario, que en la cúspide de esta pirámide la norma fundamental y fundadora del ordenamiento jurídico en todos los Estados miembros de la Unión, no es otra que la Constitución.

El estudio del concepto de Constitución, de su origen y evolución, de las diferentes estructuras y regulaciones que contiene, del simbolismo que representa para el pueblo al que “refleja” en su Texto..., no permitirían apreciar más que una mínima parte de la complejidad inherente a esta noción. Evidentemente no es objeto de este análisis profundizar en estos interesantes aspectos. Nuestra misión resulta

---

<sup>208</sup>Sobre el principio de jerarquía en general, ver PREDIERI, A y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir), *La Constitución española de 1978*, 2a ed., Cívitas, 1981. Más específicamente pueden consultarse entre muchos otros, NIETO, A., “La jerarquía administrativa”. *Documentación administrativa*, n. 29, 1992, pp. 11 y

mucho más modesta, limitándose a apuntar, desde un ejercicio de Derecho comparado, cuáles son los elementos que definen actualmente el papel de la Constitución en el sistema de fuentes de los Estados miembros de la Unión. La cuestión es de indudable importancia atendiendo al hecho de que todo nuestro planteamiento se apoya en los presupuestos del “constitucionalismo”, es decir, en el reconocimiento de la supremacía política y jurídica de la Constitución como norma legitimadora de la validez de un sistema normativo dado.

Desde una primera aproximación al tema se constata una divergencia de envergadura: no todos los quince Estados miembros de la Unión europea cuentan con un Texto constitucional formal en el que legitimar el resto de sus disposiciones jurídicas<sup>209</sup>. Resulta bien sabido que Gran Bretaña carece de Constitución en sentido formal, existiendo únicamente normas materialmente constitucionales que conforman la Constitución no escrita del Reino Unido. Así pues, aunque Gran Bretaña posee una Constitución, ésta no se distingue formalmente de la ley<sup>210</sup>.

La consecuencia inmediata de la falta de Constitución formal en Gran Bretaña es la flexibilidad absoluta de las normas materialmente constitucionales inglesas que pueden modificarse por una simple ley ordinaria posterior. Pero implica además la configuración de un sistema particular del que se derivan una serie de notas características. Así, en primer lugar, la Constitución (en sentido material) no ocupa en Gran Bretaña una posición prevalente en el sistema de jerarquía de normas ni, por tanto, se prevén para la modificación de sus disposiciones procedimientos más o menos agravados. Del mismo modo, esta circunstancia manifiesta una determinada concepción jurídica en la que

---

s., así como RUIZ MIGUEL, A., “El principio de jerarquía normativa”. *REDC*, n.º 24, 1988, pp. 135 y s.

<sup>209</sup>Cfr. GREWE, C. y H. RUIZ-FABRI, H., advierten que todas las Constituciones de Europa, salvo la de Gran Bretaña son escritas. En *Droits constitutionnels européens*. PUF, 1995, p. 36

<sup>210</sup>Ibídem, p. 39.

el Parlamento<sup>211</sup> es omnipotente y, por tanto, no está subordinado a las normas constitucionales. Todo este sistema, consecuencia de la carencia de Constitución escrita, diferencia globalmente al orden jurídico británico del resto de los Derechos de los Estados continentales.

Esta primera diferenciación global no significa, sin embargo, que entre los Estados con Constitución en sentido formal no existan también importantes divergencias respecto a la configuración del sistema constitucional. De hecho, al margen de esta primera gran división de las constituciones de los Estados miembros en dos grandes bloques (escritas y no escritas), es posible establecer múltiples distinciones atendiendo a diversos factores. En concreto, resulta interesante analizar la diversidad de regulaciones que se derivan de los distintos sistemas constitucionales, reflexionando en torno a dos elementos de singular relevancia constitucional: los procedimientos de reforma de la Constitución y los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes.

En este sentido, la distinción entre constituciones rígidas y flexibles enunciada por J. BRYCE<sup>212</sup> permite apreciar desde los mecanismos de reforma de las normas constitucionales, ciertos matices que diferencian unos órdenes constitucionales estatales de otros. El estudio de los mecanismos de la reforma constitucional no se agotan en su propio objeto, sino que nos proporcionan un nuevo parámetro de reflexión sobre conceptos esenciales del Derecho constitucional: la soberanía, el poder constituyente y la propia noción de Constitución<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup>Cfr. GARCÍA-PELAYO, M., precisa que “desde un punto de vista jurídico-formal, la palabra Parlamento designa la reunión de tres instituciones: el Rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes”, no obstante, en este estudio lo utilizamos en sentido estricto, esto es, “en sentido político y real de la palabra, es equivalente a Cámara de los Comunes”. *Derecho constitucional comparado*. Alianza Universidad Textos, Madrid, 1984, p. 309.

<sup>212</sup>Ver BRYCE, J., “Flexible and Rigid Constitutions”. En *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1901. En español, puede consultarse, entre otras, PACE A. y VARELA, J., *La rigidez de las Constituciones escritas*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 26.

<sup>213</sup>Ver PACE, A. y VARELA, J. *Ibidem*, p. 83.

Con carácter general, las Constituciones rígidas se distinguen de las flexibles en que mientras las primeras requieren para su modificación de procedimientos “más complejos que aquellos que se requieren para la elaboración de las normas ordinarias”<sup>214</sup>, las segundas pueden ser modificadas mediante cualquier ley ordinaria posterior.

Ya se ha abordado la peculiaridad del orden constitucional inglés en el que las normas materialmente constitucionales no ostentan una posición prevalente respecto al resto de normas del ordenamiento. Por consiguiente, el Parlamento inglés puede, -en cualquier momento y sin necesidad de procedimientos especiales-, proceder a modificar o incluso a eliminar, las normas materialmente constitucionales inglesas. En Inglaterra, pues, la flexibilidad de las normas constitucionales es absoluta, lo que no puede ser de otro modo atendiendo al hecho de la falta de una Constitución en sentido formal<sup>215</sup>. Por otra parte, en el resto de los ordenamientos europeos -en los que sí existe una Constitución en sentido formal y por tanto la Constitución se sitúa en la cúspide de la pirámide normativa- es posible establecer distinciones atendiendo al grado de rigidez de las normas constitucionales.

En concreto, Austria y España poseen procedimientos específicos de revisión de la Constitución, distinguiéndose entre ellos la revisión total y la parcial. La revisión total supone, o bien la modificación de la Constitución en su integridad, o bien la modificación de las disposiciones del “núcleo duro” de la Constitución. La revisión parcial se refiere a la modificación de ciertas normas constitucionales situadas en el exterior del mencionado “núcleo duro”. Las diferencias en los procedimientos de revisión constitucional se perciben con el estudio de los elementos

---

<sup>214</sup>Cfr. DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*. Ariel, Barcelona, 2ª edición, 1988.

<sup>215</sup>Constitución en sentido formal que se caracteriza por una posición de superioridad jerárquica formal de sus normas respecto al resto de las normas del ordenamiento. Ver DE OTTO, I. *Ibidem*, pp. 110 y s.

concretos. Así, a título de ejemplo es destacable que, mientras las constituciones de Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Finlandia, Grecia y Suecia requieren para su revisión de la previa disolución parlamentaria; las constituciones de Dinamarca, Francia, Irlanda e Italia prevén para estos casos la celebración de un referéndum obligatorio o facultativo, y las de Alemania<sup>216</sup> y Portugal únicamente exigen para la revisión la obtención de mayoría cualificada<sup>217</sup>.

Por otra parte, al margen de los distintos procedimientos de revisión cabe destacar que cada una de las constituciones europeas establecen los límites materiales a su revisión. De este modo, el Constituyente alemán dejó sin posibilidad de modificación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 79.3 LFB, los principios establecidos en el artículo 1 (la dignidad del hombre) y en el artículo 20 (que define a Alemania como Estado social y democrático de Derecho, federal y republicano). Además, quedan igualmente excluidos los principios de división territorial del Estado en *Länder* y el de cooperación de éstos en la legislación federal. En otras constituciones como la noruega, si bien no se contiene un catálogo de principios inderogables como en el caso alemán, sí se prohíbe toda modificación que pueda atentar a su sustancia. También en el artículo 288 de la Constitución portuguesa se recoge un extenso catálogo de materias sobre las que no puede incidir una reforma constitucional: aquéllas que atenten a la soberanía nacional, al sufragio universal, a los derechos de los trabajadores o de las asociaciones sindicales, etc.

En cualquier caso, y con independencia de las particularidades propias de cada orden jurídico, se aprecia que el principio de jerarquía normativa constituye el fundamento de la mayoría de los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión. Asimismo, la Constitución

---

<sup>216</sup>Sobre la reforma constitucional en Alemania, destacamos la obra de ARNOLD, R., *La unificación alemana. Estudios sobre Derecho alemán y europeo*. Cívitas, Madrid, 1993, p. 75 y s.

<sup>217</sup>Datos obtenidos de GREWE, C. y RUIZ-FABRI, H., op. cit. p., 55.

aparece como la norma que ostenta el lugar más elevado en cada una de las pirámides normativas nacionales. En este punto, sólo un Estado miembro, el Reino Unido, se aleja formalmente de estos presupuestos.

\* \*

\*

La breve panorámica que hasta aquí hemos realizado, nos permite concluir que los presupuestos fundamentales que caracterizan los principios de Estado de Derecho y de democracia han sido convenientemente asimilados por los órdenes jurídicos en estudio. Ciertamente podría decirse que tal convergencia únicamente es defendible desde la perspectiva de la aceptación del principio, ya que como se ha puesto de manifiesto, las materializaciones prácticas de la democracia y del Estado de Derecho en las regulaciones estatales concretas resultan considerablemente divergentes. Sin duda así es. Pero, en nada afecta esta circunstancia a la defensa de la existencia de un patrimonio constitucional europeo. Un patrimonio, cuya esencia no consiste en la identidad de regulaciones, sino en la asimilación de principios comunes y en el desarrollo posterior de regulaciones que atiendan a los particularismos de cada Estado. Baste recordar de nuevo, que la diversidad de regulaciones en el marco de esta investigación, no debe entenderse como un obstáculo a la defensa de un patrimonio común, sino bien al contrario, como uno de los elementos que lo caracterizan.

Una vez expuestos los presupuestos de los principios de democracia y de Estado de Derecho, ha llegado el momento de partir a la búsqueda del objeto preciso de nuestro análisis: el “patrimonio común europeo de los derechos humanos”.

## Capítulo 2

### La declaración y protección de los derechos fundamentales en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea

Sin duda, los sistemas jurídicos de los Estados europeos participan de la misma concepción del ser humano. Esta concepción común aparece como el resultado de una larga evolución filosófica, social, política y económica compartida por todos ellos a lo largo de la Historia europea<sup>218</sup>. Una evolución que, en el plano jurídico, se concreta en cada uno de los órdenes jurídicos de referencia con la progresiva asimilación de la necesidad de proteger la dignidad y la libertad del individuo ante las eventuales injerencias del poder estatal.

Metodológicamente, hemos optado por trazar el contenido del *derecho común europeo de los derechos fundamentales*<sup>219</sup>, atendiendo a dos aspectos principales: su vertiente declaratoria y los sistemas de protección instaurados para garantizarlos. Siguiendo este esquema, ya desde estas primeras líneas -y sin perjuicio de las oportunas precisiones que se realizarán posteriormente- es posible realizar una constatación de carácter global: todos los Estados miembros de la Unión europea reconocen y protegen los derechos fundamentales. Esta primera gran convergencia se aprecia, no sólo a la vista de las coincidencias existentes entre las declaraciones de derechos fundamentales y los sistemas establecidos para su protección en cada orden jurídico

---

<sup>218</sup>A título de ejemplo, la existencia indiscutible de una concepción similar de derechos del hombre entre los Estados europeos se manifiesta claramente cuando nos cuestionamos si es posible aplicar la concepción occidental de los derechos del hombre a sociedades de signo bien diferente. El hecho de que en Europa occidental exista una concepción común del hombre y consecuentemente de los derechos de humanos no implica que no existan otras. En este mismo sentido, ver LATORRE, A., “Concepto y problemas actuales de los derechos humanos” y FERRARI, V., “Europa ante los derechos del hombre”. Ambos en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año I, febrero-octubre, 1993, n. 1.

<sup>219</sup>Cfr. HÄBERLE, P., “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, en *Derechos y Libertades*, op. cit., pp. 149 y s, sobre todo p.160.

nacional, sino además del hecho de que todos ellos hayan ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, considerado el estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en el contexto europeo. Ahora bien, las divergencias también son muy notables. Para empezar ni siquiera todas las constituciones (o normas materialmente constitucionales) de estos Estados contienen un catálogo de derechos fundamentales y, a su vez, la protección constitucional de los mismos difiere considerablemente de unos Estados a otros. Por tanto, aun partiendo de una convergencia indiscutible en la comprensión de los derechos fundamentales en la Europa occidental, las cuestiones que se plantean en torno a un catálogo de derechos, a su valor, alcance y protección están lejos de presentar un trato similar.

Antes de entrar a analizar estas cuestiones, consideramos necesaria realizar otra importante precisión de orden metodológico. Así, este estudio se dirige a identificar las convergencias y divergencias *de principio*<sup>220</sup> que presentan las normas constitucionales de los Estados miembros consagradas a declarar y proteger los derechos fundamentales. Por tanto, no descenderemos, en ningún caso, a un análisis comparado de las diversas regulaciones concretas de cualquiera de estos derechos en los órdenes jurídicos de los quince Estados miembros de la Unión europea. La razón es evidente: un estudio así propuesto adquiriría unas dimensiones absolutamente inabarcables en el marco de esta investigación.

Este planteamiento inicial nos lleva a desarrollar la presente investigación atendiendo a las dos vertientes previamente señaladas. Por un lado, una aproximación al contenido concreto de las diferentes declaraciones de derechos fundamentales de los Estados miembros de la Unión nos permitirá conocer las convergencias y divergencias

---

<sup>220</sup>Compartimos en este punto la posición defendida por ROUSSEAU, D., cuando al referirse al “patrimonio” afirma que “no puede estar formado más que por principios que sean compartidos y al mismo tiempo respetuosos de las diversidades”. “Le patrimoine constitutionnel européen”, op. cit., p. 31.

existentes entre ellas (Sección 1). Pero además, dado que en nuestros días la vertiente declarativa de los derechos fundamentales lleva aparejada la relativa a su protección, el análisis de esta cuestión deberá acompañarse de un estudio comparativo de los mecanismos nacionales previstos para garantizarlos (Sección 2). Los contenidos de ambas secciones nos permitirán extraer una conclusión de conjunto en aras a determinar, con cierta precisión, cuáles son los elementos que definen el patrimonio constitucional europeo de los derechos fundamentales.

Esta determinación resulta esencial en el marco de esta investigación en la que entendemos que los elementos del patrimonio definido a lo largo de este Título (democracia y Estado de Derecho), y más concretamente en este Capítulo y en el próximo Título (los derechos fundamentales), conforman el patrimonio básico compartido por los Estados que componen la Unión europea y, por ello, deben constituir la base de las regulaciones comunitarias para que la actuación de la Unión pueda ser calificada de legítima. Por tanto, los contenidos de las dos secciones que desarrollaremos a continuación encontrarán su correlativa simetría en la segunda parte de la presente investigación dedicada al estudio de la declaración y protección de estos derechos en el orden jurídico comunitario. Sólo la comparación de una y otra parte nos permitirá extraer las convenientes conclusiones. Para comenzar con este propósito, ahora centraremos nuestro análisis en torno a las regulaciones propias de los Estados miembros.

## **Sección 1: Los catálogos de derechos fundamentales de los quince Estados miembros de la Unión europea**

Ciertamente, la legitimación del proceso de integración europea exige determinar con precisión los elementos que componen el patrimonio común europeo de los derechos humanos así como los medios más adecuados para garantizar su respeto. Este es justamente el aspecto que interesa a nuestro estudio que, en cualquier caso, no pretende desarrollar, ni tan siquiera apuntar, una reflexión en torno a los derechos fundamentales<sup>221</sup>. Nuestro propósito se dirige exclusivamente al análisis de las distintas regulaciones que las normas materialmente constitucionales de los Estados miembros de la Unión europea dedican a esta materia. Así, con un estudio comparado de este tipo será posible comprobar si realmente existe un patrimonio constitucional europeo de los derechos fundamentales y, si así es, también será posible determinar cuál es su contenido.

Una importante convergencia de principio constituirá el punto de partida de la presente investigación: la Historia europea demuestra el anclaje que el respeto de los derechos humanos encuentra en la cultura europea occidental. Este hecho ya se percibe claramente con una Declaración de derechos fundamentales esencial para comprender el desarrollo posterior de las declaraciones de derechos contemporáneas: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (A); visión en perspectiva histórica que puede enlazarse con el momento

---

<sup>221</sup>Los derechos fundamentales han sido objeto de numerosos estudios. Dado que resultaría imposible reflejar todos ellos en estas líneas optamos por citar aquellos que nosotros hemos utilizado para acercarnos al estudio de esta compleja cuestión; fundamentalmente uno de ellos, PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*. Eudema Universidad, 1991. También puede destacarse BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, 1991. Igualmente para un acercamiento en perspectiva histórica de los derechos fundamentales puede citarse CASTÁN, J., *Los derechos del hombre*. Reus, S.A., 4ª edición, 1992. Entre las obras en francés puede citarse especialmente PECES-BARBA, G., “De la fonction des droits fondamentaux”. En *Le patrimoine*

actual en el que los derechos fundamentales, -su declaración y su protección-, constituyen un elemento básico del contenido de las constituciones de los órdenes jurídicos en estudio (B). Esta aproximación al estudio de la parte declarativa de los catálogos de derechos constitucionales, se completará con la relativa a los distintos mecanismos estatales previstos para su protección (infra sección 2).

A) La importancia constitucional de los derechos fundamentales en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea

La aparición de las primeras declaraciones de derechos fundamentales en la segunda mitad del s. XVIII marca el inicio de una nueva etapa en la historia del constitucionalismo<sup>222</sup>. Junto con la “Declaración del Buen Pueblo” de Virginia de 12 de junio de 1776<sup>223</sup>, la célebre Declaración francesa de 1789 constituye el punto de partida de una evolución que, posteriormente, va a caracterizar a los catálogos de derechos humanos contenidos en las Constituciones contemporáneas<sup>224</sup>. No obstante, resulta bien sabido que con anterioridad a la aparición de los catálogos de derechos surgidos en el s. XVIII, -ya en la Edad Media-, pueden encontrarse declaraciones que también otorgaban derechos a los súbditos<sup>225</sup>.

---

*constitutionnel européen*, op. cit., pp. 210 y s. y muy especialmente FERRY, L., *Philosophie politique*, (vol. I y II). París, PUF, 1984.

<sup>222</sup>Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, op. cit. p. 106.

<sup>223</sup>Sobre este particular, ver SIERRA BRAVO, R., “La declaración de los derechos de Virginia”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIV, 1969. Con carácter más general recomendamos la lectura de DE ASÍS ROIG, R., “El modelo americano de derechos fundamentales”. *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 6, 1990, pp. 39 y s.

<sup>224</sup>Un estudio específico de las revoluciones americana y francesa y de la influencia de ambas en los derechos fundamentales puede encontrarse en RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M<sup>a</sup>., “Derecho constitucional y derechos humanos en la revolución norteamericana y en la francesa”. *REDC*, nº. 19, pp. 53 y s.

<sup>225</sup>Pensamos por ejemplo en la Carta Magna inglesa del Rey Juan Sin Tierra de 1215.

Ahora bien, estas Declaraciones medievales presentaban una naturaleza bien distinta de la que se reconoció siglos después a las declaraciones modernas de derechos humanos. En este sentido, J. CASTÁN TOBEÑAS, destaca dos características fundamentales de las declaraciones medievales que no dejan lugar a dudas sobre el importante salto histórico, social y político que culminó en el s. XVIII con la redacción de las declaraciones modernas. Así, mientras que las declaraciones medievales presentaban una estructura escasamente sistematizada y se limitaban a restringir el poder real mediante el reconocimiento de privilegios y derechos ya existentes con anterioridad; las Declaraciones modernas rompen con esta estructura inicial al adquirir una mayor solemnidad y formalidad en el reconocimiento de los derechos. Derechos que, a su vez, se reconocen a todos los hombres en cuanto tales, marcando con ello su carácter eminentemente universalista<sup>226</sup>.

De este modo, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano aparece como un texto fundamental en el estudio del patrimonio común europeo de los derechos del hombre (1); si bien por sí misma insuficiente ante la falta de reconocimiento de derechos hoy en día igualmente esenciales: los “derechos sociales” (2).

1.- La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789

De indudable valor para la historia constitucional; primera codificación sistemática, ordenada y coherente de los derechos humanos en Europa; documento histórico que refleja la victoria de la Ilustración... la Historia se ha encargado de mostrar que la repercusión de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>227</sup> excede

---

<sup>226</sup>Ver CASTÁN TOBEÑAS, J., op. cit., pp. 104 a 106 y 118 a 119.

<sup>227</sup>La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano fue adoptada por la Asamblea Nacional constituyente el 26 de agosto de 1789 y se promulgó el 3 de noviembre de 1789.

largamente del tiempo y del espacio en que se redactó y continúa tan vigente como entonces en los sistemas jurídicos contemporáneos. Sus 17 preceptos contienen una buena parte de lo que en este estudio entendemos por “patrimonio europeo de los derechos humanos” y, su influencia en los catálogos de derechos fundamentales de los Estados miembros de la Unión europea y también en esta misma organización internacional es, como tendremos ocasión de comprobar, perfectamente constatable.

Por este motivo, creemos que sería interesante realizar una breve aproximación a la estructura, contenido y significado de esta importante Declaración para conocer los orígenes inmediatos de la regulación actual de los derechos fundamentales en Europa. En este punto, no parece necesario insistir, -dada la magnitud que alcanzaría un análisis exhaustivo de la Declaración de 1789-, en que sólo vamos a trazar sus contenidos básicos de una manera casi esquemática, remitiéndonos en todo lo demás a las abundantísimas obras consagradas a su estudio crítico<sup>228</sup>.

a. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano nació en el contexto bien preciso de la Revolución francesa. De hecho, esta Declaración constituye el “programa ideológico” de la nueva organización política del Estado francés<sup>229</sup>. Sólo unos días antes de su

---

<sup>228</sup> Así, con carácter general, ver FURET, F. Y OZOUF, M., *Dictionnaire critique de la Révolution française*. Flammarion, París, 1988; DE BAECQUE, A., SCHMALE, W. Y VOVELLE, M., *L'an I des droits de l'homme*, Presses du CNRS, 1988; *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*. Coloquio de 25 y 26 de mayo 1989 en el Consejo constitucional, PUF, París, 1989. En castellano, destacamos especialmente PRIETO, F., *La Revolución francesa*. Istmo, Madrid, 1989 y PECES-BARBA, G., “Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración francesa”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VI, 1989, pp. 57 y s. Sobre las declaraciones de derechos en general, MARSHALL, G. “Declaraciones de derechos; problemas básicos en su elaboración y aplicación (I)”. *Revista del Centro de Estudios constitucionales*, 1, 1988, pp. 327 y s., se encarga de exponer el contenido de los derechos que conformaron las primeras Declaraciones de derechos, comparándolas con el contenido de algunas vigentes en la actualidad

<sup>229</sup> Cfr. PRIETO, F., *La revolución francesa*, op. cit., p. 22.

adopción, concretamente el 4 de agosto de 1789, la Asamblea constituyente había abolido el régimen feudal mediante la supresión de los estamentos privilegiados (clero y nobleza). La Revolución francesa encontró su fundamento en ambos actos, manifestando con ellos, ya desde sus mismos inicios, sus elevadas pretensiones que, lejos de limitarse “simplemente” a proporcionar el soporte ideológico de una Revolución, se proponían “crear un mundo nuevo”<sup>230</sup>.

Ahora bien, la Declaración de 1789 aun siendo el documento más importante y con mayores repercusiones que en el ámbito de los derechos humanos se elaboró en aquel tiempo, no fue ni mucho menos el único que abordó su regulación. Si bien nuestra exposición se centrará en su breve análisis, es preciso advertir que otras dos importantes Declaraciones de derechos vieron la luz durante el período de la Revolución: la de 1793<sup>231</sup> y la de 1795<sup>232</sup>. Un estudio en conjunto de las tres permite apreciar las transformaciones que en tan corto espacio de tiempo se fueron produciendo en la propia consideración del ser humano y de sus derechos<sup>233</sup>. Transformaciones que, en buena medida, responden al clima de cambios sucesivos del propio espíritu de la Revolución.

Pero, en cualquier caso, no interesa a esta investigación el estudio de cómo se gestaron y desarrollaron las ideas revolucionarias en la Francia de finales del siglo XVIII, sino destacar la relevancia de la

---

<sup>230</sup>Esta idea es introducida y desarrollada por DIDIER, B., en *Ecrire la Révolution 1789-1799*, PUF, París, 1989, pp. 43 y s.

<sup>231</sup>Declaración presentada a la “Convention” por Robespierre, el 24 de abril de 1793. En ella se definió la fraternidad y la ciudadanía universal. Sobre esta Declaración, ver GAUTHIER, F., “Fraternité”. En *Les droits de l’homme et la conquête des libertés*. Bicentenaire de la Révolution française en Dauphiné, Grenoble-Vizille, 1986, pp. 90 y s.

<sup>232</sup>Contenida en la Constitución del Año III que se aleja de la filosofía que inspiró a la Declaración de 1789. Ver GAUTHIER, F., “Fraternité”, op. cit., pp. 93 y s.

<sup>233</sup>Para un análisis detallado y en su conjunto de las Declaraciones de 1789, 1793 y 1795, nos remitimos a las interesantes reflexiones de NEGRI, A., *El poder*

Declaración de 1789 en la conformación del patrimonio europeo de los derechos humanos. Bien es cierto que este patrimonio ya comenzó a gestarse mucho antes de esta fecha, pero con esta Declaración se asiste en Europa al primer reconocimiento formal y solemne de algunos derechos que, como tendremos ocasión de comprobar, han pervivido hasta los catálogos de derechos que contienen las Constituciones actuales (ver infra B). Dicho de otro modo, en ella se condensa una larga evolución anterior que culmina con el reconocimiento expreso de su asimilación y que establece el punto y seguido de un proceso que llega hasta nuestros días.

Sobre las influencias precisas que nutren esta Declaración, no existe ni mucho menos consenso. Baste con señalar que mientras los autores alemanes estiman que los orígenes de la Declaración de 1789 se encuentran en la Declaración de Virginia de 1776; los franceses por su parte, destacan la influencia del pensamiento filosófico europeo y especialmente del francés del siglo XVIII en el contenido de la Declaración<sup>234</sup>. En cualquier caso y al margen de la polémica suscitada sobre sus orígenes, el contenido y la estructura de la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano no sólo simboliza la Revolución francesa sino que supone, por su propio contenido, una revolución en sí misma<sup>235</sup>.

**b.** En cuanto a la estructura y contenido de la Declaración de 1789, si centramos nuestra atención en la calidad redaccional e incluso en la belleza y grandeza de su estilo podría pensarse que los

---

*constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad. Ensayo. Libertarias Prodhufi, Madrid, 1994, pp. 254 y s.*

<sup>234</sup>Ver CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pp. 122 y 123.

<sup>235</sup>El Preámbulo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano ilustra perfectamente esta concepción innovadora de los derechos humanos y, aún más, del propio ser humano. Así afirma que “los Representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional (...) han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre (...) con el fin de que los actos del Poder legislativo y los del Poder ejecutivo, al

Constituyentes franceses eran conscientes, desde el mismo momento de su redacción, de la magnitud que su obra llegaría a alcanzar. Esto ha llevado a algún autor a afirmar que los Constituyentes promulgaron la Declaración “para la eternidad”<sup>236</sup> y, de hecho, si así hubiera sido no cabe duda que su pretensión se habría conseguido ampliamente.

Para empezar, la definición dada por el artículo 16 de la Declaración de 1789 se ha convertido en el marco de referencia vigente desde entonces para precisar el contenido mínimo que debe abarcar una “Constitución”: “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”. Además, la Declaración francesa contiene un catálogo de derechos que entrarían en la categoría de derechos que hoy denominaríamos “civiles”, si bien sólo dedica un artículo muy genérico a su garantía: “la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquéllos que la tienen a su cargo”. Ciertamente, en 1789, la consagración de los derechos que se contienen en esta Declaración constituyó, como decíamos antes, una verdadera revolución, pero aún hubo que esperar muchos años desde entonces hasta que a estos derechos se les otorgase una amplia protección jurídica...

Los concretos derechos reconocidos por la Declaración de 1789 constituyen la primera positivación de algunos de los derechos “clásicos” que conforman el patrimonio europeo de los derechos humanos: igualdad; libertad, seguridad y resistencia a la opresión; principio de legalidad; presunción de inocencia; libertad de expresión, opinión, derecho de propiedad. Todos ellos, sin excepción, se contienen -como veremos posteriormente- en los actuales catálogos de derechos fundamentales; sin embargo, en la mayor parte de estos últimos, los

---

poder ser comparados a cada instante con la meta de toda institución política, sean más respetados...”.

<sup>236</sup>Cfr. DIDIER, B., op. cit., p. 44.

derechos “clásicos” se acompañan de una categoría de derechos fundamentales igualmente importantes en nuestros días que, sin embargo, ni siquiera se mencionan en la Declaración de 1789: los derechos sociales.

2.- La evolución posterior de los derechos fundamentales: la necesaria inclusión de los derechos sociales en el patrimonio común europeo de los derechos fundamentales

Ciertamente, la sociedad del siglo XVIII poco tiene que ver con la actual. En el transcurso de estos dos últimos siglos, su evolución ha requerido de transformaciones esenciales que se han visto reflejadas en los contenidos de las clásicas declaraciones de derechos<sup>237</sup>. En estas líneas haremos referencia a una de estas transformaciones por su repercusión en las declaraciones de derechos actuales: el origen de la inclusión de los derechos sociales en las declaraciones de derechos. Posteriormente, para obtener una visión completa de este aspecto, nos encargaremos de analizar las regulaciones concretas de estos derechos en los ordenamientos estatales de los Estados miembros de la Unión (ver infra B epígrafe 2).

En efecto, hubo que esperar algunos años desde los tiempos de la Revolución francesa para encontrar las primeras declaraciones de derechos preocupadas por alcanzar un desarrollo socio-económico estable y armonioso. Cuando finalmente este reconocimiento se produjo, su importancia trascendió a la novedad de sus contenidos, manifestando un cambio sustancial en la comprensión de las funciones del Estado. En este sentido, resulta bien sabido, que el reconocimiento de los derechos sociales supuso el paso del Estado “abstencionista” al Estado “proteccionista”; de un Estado que debía limitarse a no intervenir

---

<sup>237</sup>Una rigurosa visión en perspectiva histórica, con especial alusión a los ordenamientos jurídicos francés, inglés, alemán y español, puede encontrarse expuesta en FREIXES, T., *Constitución y derechos fundamentales. I.- Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*. Editorial PPU, Barcelona, 1992.

en la esfera de libertad del individuo, a un Estado que debía adoptar las medidas positivas que permitiesen a los individuos beneficiarse de los derechos sociales reconocidos en sus declaraciones.

La consideración de la necesaria protección de la dimensión social de los individuos comienza a percibirse claramente desde la Constitución francesa de 1848<sup>238</sup> en cuyo preámbulo ya aparecen menciones de contenido marcadamente social: protección a la familia, al trabajo, a la asistencia... A ella le siguieron, ya en el siglo XX, las Constituciones de Weimar de 1919 y, tras la II Guerra Mundial, la Constitución francesa de 1946 (cuyo Preámbulo sigue vigente y, de hecho, contiene los derechos sociales actualmente reconocidos en Francia), la italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (ambas vigentes aún en la actualidad). Esta evolución en el reconocimiento de los derechos sociales de las constituciones europeas supuso una concretización de los postulados más generales contenidos en la noción de Estado social de Derecho a los que ya hicimos referencia con anterioridad (ver capítulo 1, sección 2).

En definitiva, con carácter general puede afirmarse que el papel fundamental que la declaración y protección de los derechos humanos juega en los países de la Europa occidental, constituye el fruto de una larga evolución en la que la Declaración de 1789 marca un importante hito. Ahora bien, en el transcurso de los algo más de dos siglos que nos separan de esa fecha, abundantes e importantes transformaciones en esta materia, han requerido la adaptación de los ordenamientos jurídicos

---

<sup>238</sup>No obstante, durante la Revolución francesa ya pueden encontrarse dispersos en el ordenamiento jurídico francés, regulaciones de carácter social. En este sentido puede citarse a modo de ejemplo los proyectos de creación de “centros culturales” o de museos abiertos a todos los ciudadanos. Sobre esta cuestión, resultan especialmente interesantes los artículos de HARTEN, E., “La démocratisation de la culture dans les projets de musées pendant la Révolution française” y POULOT, D., “Le droit au musée: un droit du citoyen?”. Ambos en *Les droits de l’homme et la conquête des libertés*, op. cit., pp. 326 a 331 y 332 a 341.

a los cambios políticos, económicos, culturales, etc. sufridos por la sociedad.

A su vez, esta evolución ha seguido etapas diversas en los distintos Estados miembros de la Unión europea. En este sentido, no es preciso insistir, por ejemplo, en las causas que han motivado las regulaciones distintas de derechos fundamentales en Francia y en España o en Inglaterra y Alemania... Pero, actualmente la existencia de un patrimonio compartido en materia de derechos fundamentales consolidado y fomentado por el progresivo proceso globalizador, hace que el contenido de las constituciones de los órdenes jurídicos en estudio presenten catálogos de derechos fundamentales con fuertes semejanzas que, en algunos casos, se traducen en absolutas coincidencias. Precisamente con la brevísima exposición que hemos realizado en estas páginas hemos pretendido destacar que esta convergencia lejos de ser casual es justamente el resultado de esta evolución compartida.

En las próximas líneas, dejaremos atrás la Historia y nos centraremos en determinar, desde un estudio comparado de las declaraciones de derechos contenidas en las constituciones vigentes de los quince Estados miembros de la Unión, cuál es el estado actual en que se encuentra el patrimonio europeo de los derechos fundamentales.

B) Los derechos reconocidos por las declaraciones de derechos actuales: derechos de la “primera generación”, de la “segunda generación” y de la “tercera generación”. Las medidas de acción positiva tendentes a fomentar la igualdad de género

Las divisiones metodológicas, a menudo, provocan mayores controversias que los propios contenidos en estudio. Precisamente un buen ejemplo en este sentido son las clasificaciones elaboradas en torno a los derechos fundamentales. Sin entrar en discusiones que nos

alejarian del objeto de nuestra investigación<sup>239</sup>, en el presente análisis hemos optado por una clasificación práctica que nos permita exponer de la manera más simple y ordenada posible un estudio comparado de los derechos fundamentales contenidos en las constituciones de los Estados miembros de la Unión europea. Además, otra de las razones que fundamentan la elección de esta tipología es que ella permite igualmente un fácil estudio del sistema de protección de derechos de la propia Unión (ver infra segunda parte, título 2, capítulo 2). Por ello, con objeto de obtener clasificaciones muy amplias en las que sea posible incluir un amplio número de derechos reconocidos, nos hemos decantado por una división que hace referencia a los diferentes momentos históricos en que se consagraron los distintos derechos. Así, los primeros que se reconocieron fueron los derechos de la "primera generación" (1), seguidos de los derechos de la "segunda generación" (2) y de los de la "tercera generación" (3). Finalmente, concluiremos nuestro análisis aludiendo a las medidas de acción positiva tendentes a fomentar la igualdad de género (4).

Somos conscientes de lo simplista de esta clasificación y de las polémicas que suscita; sin embargo, como hemos señalado recurrimos a ella porque entendemos que es la tipología que mejor se adapta a los objetivos que pretendemos de la manera más clara y sencilla posible. Ahora bien, en ningún caso hacemos coincidir los derechos característicos de cada una de estas categorías con un contenido determinado, es decir, no identificamos, por ejemplo, los derechos de la primera generación con derechos exclusivamente de naturaleza civil o

---

<sup>239</sup>Sobre las controversias que suscitan las clasificaciones sobre derechos fundamentales, ver GREWE, C. y RUIZ FABRI, H., *Droits constitutionnelles européens*, op. cit., pp. 160 y s. Las autoras destacan que la clasificación que hace coincidir el momento histórico en el que se reconocen los derechos y su contenido es artificial. A título de ejemplo, señalan entre otros que los derechos de la primera generación no son todos civiles o políticos, así, el derecho de propiedad no es ni civil ni político y, sin embargo, es un derecho "clásico". Con carácter general, sobre este asunto ver, ATIENZA, M. "Una clasificación de los derechos humanos". *Anuario de Derechos Humanos*, n°. 4, 1986/87, pp. 9 y s.

política ya que esto no sería exacto. En este sentido, resulta bien sabido que el derecho de propiedad, -como hemos visto anteriormente-, forma parte sin ninguna duda de los derechos de la primera generación y desde luego no es ni un derecho civil ni político.

Por ello, reiteramos que con la elección de esta clasificación sólo aspiramos a crear el marco que metodológicamente se adapta mejor a los objetivos que perseguimos: comprobar si el reconocimiento de los derechos fundamentales es una constante en los órdenes jurídicos de los quince Estados miembros de la Unión europea. Precisamente la amplitud de la clasificación elegida nos otorga la suficiente libertad expositiva para desarrollar nuestra comparación sin necesidad de entrar en otras consideraciones que nos apartarían del objeto fijado por esta investigación.

Una vez hecha esta precisión, en las próximas páginas comenzaremos a trazar el contenido concreto del “patrimonio europeo de los derechos fundamentales”.

#### 1.- Los derechos de “la primera generación”

Los distintos derechos contenidos en esta categoría fueron los primeros en ser reconocidos por las primeras declaraciones de derechos (ver Declaración de 1789). Con carácter general, todos ellos se caracterizan porque lejos de requerir una actuación positiva del Estado, lo que le exigen es su abstencionismo. Dicho de otro modo, el reconocimiento de estos derechos implica conceder a los individuos una libertad de acción que, con carácter general, no puede resultar interferida, obstaculizada o limitada sin más por el Estado<sup>240</sup>.

---

<sup>240</sup>Sin perjuicio, claro está, de los límites inherentes al ejercicio de los propios derechos fundamentales o los establecidos por el ordenamiento jurídico para evitar las posibles “colisiones” en el ejercicio de los diversos derechos fundamentales o previstos para hacer frente a situaciones excepcionales.

Respecto de esta categoría de derechos es posible avanzar desde este momento que todas las constituciones de los Estados miembros reconocen en líneas generales los derechos de la “primera generación” en sus catálogos (b). Ahora bien, antes de entrar a comprobar esta convergencia en las regulaciones constitucionales, es preciso establecer una serie de consideraciones de carácter general junto a ciertas precisiones sobre la naturaleza particular de tres concretas declaraciones de derechos (a).

a. En cuanto a las consideraciones generales, es preciso destacar que en todas las constituciones de los Estados miembros de la Unión europea, -con las precisiones que se harán a continuación-, se contiene una declaración más o menos extensa de derechos fundamentales y libertades públicas. En algunas de ellas, la declaración consiste en una exposición, en la que cada uno de los derechos y libertades sigue al anterior sin que exista ningún tipo de clasificación o separación que atienda a la naturaleza de los derechos reconocidos. Así sucede en Suecia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Austria, Grecia, Dinamarca, Alemania y Finlandia.

En las demás constituciones, el catálogo de derechos fundamentales presenta divisiones explícitas en distintos epígrafes que clasifican el conjunto de derechos en diversas categorías: derechos civiles, derechos políticos, derechos socio-económicos, a los que normalmente se añade el régimen de garantías previsto para su protección<sup>241</sup>. Esta es la situación, por ejemplo, en España, Portugal, Italia o Irlanda. Estas divisiones, como tendremos ocasión de comprobar en la sección siguiente, poseen en algunas de estas constituciones

---

<sup>241</sup> Ahora bien, cada una de estas constituciones emplea denominaciones diversas. A título de ejemplo, mientras que en la Constitución irlandesa se distingue entre “derechos personales”; “de la familia”; “de la educación”; “de la religión” y “de los principios rectores de la política social”, la portuguesa clasifica los derechos entre “principios generales”; “de los derechos, libertades y garantías personales”; “de los derechos, libertades y garantías de los trabajadores”; “de los derechos y

efectos jurídicos que se manifiestan en la protección diversa que se reconoce a los derechos consagrados dependiendo de la categoría en la que formalmente se encuentren incluidos<sup>242</sup>.

En cuanto a las precisiones, estimamos que tres observaciones principales deben realizarse. En primer lugar respecto a las declaraciones de derechos austriaca y francesa, y en segundo, respecto al tratamiento de los derechos fundamentales por el orden jurídico inglés.

Las constituciones austriaca de 1929 y francesa de 1958 presentan una característica común que las diferencia de las demás: sus catálogos de derechos no se contienen en el texto de la Constitución, sino en textos independientes que, no obstante, poseen valor constitucional. En el caso de Austria<sup>243</sup>, esta especificidad encuentra su justificación en las dificultades que tras la II Guerra Mundial se produjeron entre las principales fuerzas políticas austriacas respecto a la determinación de los derechos fundamentales que debían consagrarse en su Constitución; por ello finalmente se decidió que fueran las antiguas disposiciones que contenían los derechos fundamentales con ciertas modificaciones las que entraran en vigor. En Francia<sup>244</sup>, las razones que

---

deberes económicos”; “de los derechos y deberes sociales”; “de los derechos y deberes culturales”.

<sup>242</sup>En este sentido, GREWE, C. y RUIZ-FABRI, H., op. cit., pp. 163 y 164, destacan que mientras que las divisiones de derechos en epígrafes distintos en la Constitución italiana se justifica simplemente por razones de presentación lógica; en otras como por ejemplo en la española, la clasificación tiene significativos efectos jurídicos.

<sup>243</sup>En Austria, los derechos fundamentales se contienen en los Anexos 1 (sobre los derechos de los ciudadanos); 2 (sobre la inviolabilidad del domicilio); 3 (sobre la prohibición de la censura); 4 (protección de las minorías) y 6 (sobre la salvaguardia de la Libertad personal). Todos ellos fueron introducidos por Leyes constitucionales y por leyes posteriores de contenido constitucional.

<sup>244</sup>La discusión sobre la naturaleza de la Declaración de 1789 no ha sido pacífica. Algunos eminentes juristas como CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, op.cit., pp. 580 y s. han defendido la naturaleza filosófica o política de esta Declaración, negándole todo valor jurídico. Otros igualmente ilustres, como HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2ª edición, París, 1929, pp. 618 y s., han sostenido por el contrario el valor constitucional de la Declaración. La polémica fue definitivamente atajada por el

explican esta circunstancia se deben más bien a la intención del Constituyente francés de 1958 de destacar una continuidad<sup>245</sup> en la protección de derechos fundamentales respecto de sus textos originarios: la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, completada con la declaración de derechos sociales contenida en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946<sup>246</sup>.

Respecto a Inglaterra, ya nos hemos referido con anterioridad al hecho de que éste es el único Estado de la Unión europea que no posee una Constitución en sentido formal; por ello, aunque existen diversas leyes británicas relativas a la protección de derechos fundamentales, éstas no poseen un valor superior al resto de las leyes por lo que, al igual que las demás, pueden ser modificadas por una ley posterior de contenido diverso. Así, entre los textos ingleses que contienen los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en Gran Bretaña, pueden destacarse la Magna Carta, de 15 de junio de 1215; la *Petition of*

---

*Conseil constitutionnel* francés en su célebre sentencia de 27 de diciembre de 1973 (C.C. 73-51 D.C., R. P. 25), en la que el máximo intérprete de la Constitución reconoció a la Declaración de 1789 valor constitucional. Para un estudio más profundo de esta cuestión, recomendamos la lectura de ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 2ª edición, Montchrestien, 1992, pp. 92 y s.

<sup>245</sup>Esta idea de continuidad es especialmente puesta de manifiesto por VEDEL, G., en “La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989”. *RFDC*, n.º. 1, 1990, pp. 5 y s. Con un carácter más amplio, el estudio de la “continuidad” en Francia se expone en las diferentes aportaciones que pueden encontrarse en *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, donde el artículo citado del Decano Vedel constituye el Rapport de synthèse. *Journée d'études des 16-17 mars 1989*. Economica. Presses Universitaires de Marseille, 1990.

<sup>246</sup>Sobre el significado, alcance del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, así como su utilización por el *Conseil constitutionnel*, recomendamos la lectura de ROUSSEAU, D., “Le Conseil constitutionnel et le préambule de 1946”. *La Revue administrative*, n.º. 296, 1997, pp. 160 y s. Sobre la utilización de este Preámbulo por el *Conseil d'Etat*, ver CLAPIÉ, M., “Le Conseil d'Etat et le Préambule de la Constitution de 1946”. *La Revue administrative*, n.º. 297, 1997, pp. 278 y s. En este mismo número, ver ANTONMATTEI, P-H., “Le Préambule de 1946 et la Cour de Cassation”, pp. 290 y s.

*Rights*, de 7 de junio de 1628; el *Habeas Corpus Amendment Act*, de 28 de mayo 1679; la *Bill of Rights*, de 13 de febrero de 1689<sup>247</sup>.

En cuanto a la naturaleza de los derechos reconocidos por el orden jurídico inglés éstos pueden sistematizarse, teniendo en cuenta las consideraciones de los profesores CAVERO y ZAMORA, distinguiendo tres categorías principales. La primera de ellas gira en torno al derecho de propiedad sobre el que, según estos autores, se ha construido gran parte del sistema inglés. Un segundo grupo, se refiere a los derechos de libertad y seguridad individual y finalmente el tercero incluiría las libertades que contienen una proyección más política, como la libertad de expresión, de reunión o de manifestación<sup>248</sup>.

**b.** Una vez hechas estas precisiones ya podemos entrar a valorar las convergencias y divergencias constitucionales que presentan entre sí los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>249</sup> reconocidos por los Estados miembros de la Unión europea. Con esta intención y enlazando con lo que avanzábamos anteriormente, puede afirmarse que las constituciones de los quince Estados miembros de la Unión europea coinciden casi totalmente en el reconocimiento de los derechos de la “primera generación”. Así, todas ellas consagran las “libertades públicas” reconocidas en la primera fase del constitucionalismo<sup>250</sup>: derecho de

---

<sup>247</sup>Todos estos textos pueden encontrarse recopilados en RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M., *Constituciones de la Unión Europea*, Ariel Derecho, Barcelona, 1997, pp. 253 y 267.

<sup>248</sup>Ver CAVERO LATAILLADE, I. y ZAMORA RODRÍGUEZ, T., *Los sistemas políticos*, op. cit., pp. 90 a 93.

<sup>249</sup>Si bien en el marco de esta investigación utilizamos “derechos fundamentales” y “libertades públicas” sin hacer mayores distinciones, recomendamos la lectura de las precisiones sobre el significado y alcance de ambas expresiones realizado por SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 1995, principalmente pp. 40 a 42.

<sup>250</sup>Ver en este sentido, LÓPEZ GUERRA y otros *Derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2000, p. 111. De igual forma, para obtener un ejemplo ilustrativo de la configuración constitucional e internacional de uno de estos “derechos de libertad”, recomendamos especialmente la lectura de FREIXES SANJUÁN, T y REMOTTI, J.C., *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993.

reunión, asociación, libertad de expresión, libertad personal, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones... Pero además, todas las declaraciones constitucionales de derechos de los órdenes jurídicos en estudio aparecen encabezadas por preceptos que reconocen la dignidad del hombre y el libre desarrollo de su personalidad como fundamento “del orden político y de la paz social”<sup>251</sup>, así como el clásico principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley<sup>252</sup> y, desde luego, el derecho a la vida y a la integridad<sup>253</sup>. Junto a estos principios y a los derechos libertad que estudiaremos a continuación no debe dejar de mencionarse, el reconocimiento que todos los catálogos de derechos fundamentales realizan de los denominados “derechos políticos”<sup>254</sup>. A algunos de los derechos que conforman esta categoría ya dedicamos nuestro estudio con anterioridad (así derecho de sufragio, o creación de partidos políticos) por lo que no serán tratados de nuevo en estas líneas.

---

<sup>251</sup> Expresión contenida en el artículo 10.1 de la Constitución española. En el mismo sentido se pronuncian los artículos 1 de la LFB; 23 de la Constitución belga; 6 de la Constitución finlandesa; 5 de la Constitución griega; 40.1 de la Constitución irlandesa; 2 de la Constitución italiana; 13.1 de la Constitución portuguesa y 2 de la Constitución sueca.

<sup>252</sup> Así, el principio de igualdad se contiene en los artículos 3 LFB; 2 Constitución austriaca; 10 y 11 Constitución belga; 83 Constitución danesa; 14 Constitución española; 5 Constitución finlandesa; 1 de la Declaración de derechos francesa de 1789; 4 Constitución griega; 40.2 Constitución irlandesa; 3 Constitución italiana; 11.2 Constitución luxemburguesa; 1 Constitución de los Países Bajos; 13.2 Constitución portuguesa y 2 Constitución sueca.

<sup>253</sup> El derecho a la vida y a la integridad física se reconoce en los artículos 2.2 LFB; 63.1 Constitución austriaca; 23 Constitución belga; 6 Constitución finlandesa; 15 Constitución española; 5.2 Constitución griega; 40.3.2 Constitución irlandesa; 11 Constitución de los Países Bajos; 24.1 Constitución portuguesa y 5 (Capítulo II) Constitución sueca. Como puede apreciarse hay constituciones que no consagran formalmente este derecho (las de Dinamarca, Italia, Luxemburgo y Francia), aunque evidentemente este derecho se presupone por constituir la base previa al reconocimiento de cualquier otro.

<sup>254</sup> Respecto a estos últimos y enlazando con la polémica citada anteriormente sobre la clasificación de los derechos fundamentales destacamos la observación realizada por PECES-BARBA, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales”. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* nº. 6, 1998, pp. 15 y s., donde advierte que no es exacto afirmar que los derechos

Centrándonos ya en los concretos derechos “de la primera generación”, y más concretamente en los derechos-libertad, sorprende comprobar el elevado grado de convergencia que presentan los preceptos constitucionales que los enuncian en cada orden jurídico en estudio<sup>255</sup>. Para verificar esta avanzada conclusión, acudiremos a continuación a los textos constitucionales mencionados, analizando algunos de los derechos concretos que conforman esta categoría. De esta manera será posible comprobar si realmente todos los textos constitucionales estatales los reconocen y, si este fuera el caso, si la redacción que se da a cada uno de ellos por las distintas constituciones nacionales resulta semejante. Evidentemente, no vamos a desarrollar en las próximas líneas un estudio comparado de todos y cada uno de los derechos que conforman esta categoría, sino que reduciremos el objeto de la comparación a tres especialmente relevantes en los sistemas democráticos: derecho de reunión, libertad de expresión y libertad personal. Con carácter general, las conclusiones extraídas de su breve análisis pueden extrapolarse en los mismos términos para el resto de derechos pertenecientes a esta categoría.

- El derecho de reunión, es “el más elemental de los derechos políticos”<sup>256</sup> y como tal aparece consagrado en todas las constituciones de los Estados miembros<sup>257</sup>. Concretamente, este derecho se contiene en los artículos 8.1 LFB; 12 del anexo 1 de la Constitución austriaca; 26 Constitución belga; 79 Constitución danesa; 21 Constitución española; 10a Constitución finlandesa; 11 Constitución

---

políticos pertenecen a la misma generación que los individuales y civiles, ya que según este autor se encuentran a caballo entre una y otra categoría.

<sup>255</sup> Advertimos que en esta exposición no aludiremos a los derechos consagrados en el orden jurídico inglés a los que ya nos hemos referido con anterioridad.

<sup>256</sup> Cfr. LÓPEZ GUERRA, L. y otros, *Derecho constitucional*, vol. I, op. cit., p. 244.

<sup>257</sup> Para un estudio consagrado expresamente al análisis del derecho de reunión en el Derecho español y en Derecho comparado (Francia, Bélgica, Italia, Alemania, Reino Unido, Portugal y Suecia, entre otros), tanto en su regulación constitucional como en las leyes que lo desarrollan, ver, PÉREZ CASTAÑO, D., *Régimen jurídico del Derecho de reunión y manifestación*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997.

griega; 40.6.2 Constitución irlandesa; 17 Constitución italiana; 25 Constitución luxemburguesa; 9 Constitución de los Países Bajos; 45 Constitución portuguesa y 1.3 Capítulo II Constitución sueca.

En cuanto a su contenido, salvando las distintas redacciones dadas por cada Constitución, es posible constatar que todos los preceptos citados engloban los mismos contenidos: reconocen el derecho a reunirse de los ciudadanos siempre que la reunión se celebre *pacíficamente y sin armas*. En la mayoría de estos artículos, además, se alude expresamente a la no necesidad de *notificación* ni *autorización* previa a la celebración de la reunión. Algunos de ellos, no obstante, prevén la posibilidad de prohibir las reuniones al aire libre cuando amenacen perturbar el orden público (Constitución danesa, española, griega, irlandesa, italiana, holandesa). Por su parte, la Constitución luxemburguesa es más estricta ya que si bien reconoce que el derecho de reunión no puede quedar supeditado a una autorización previa, excluye de la aplicación de este artículo 25 “las reuniones al aire libre, políticas, religiosas u otras, todas las cuales quedarán enteramente sometidas a las leyes y reglamentos de policía”.

- La libertad de expresión y de información<sup>258</sup>, ocupa un lugar preeminente en los sistemas democráticos, ya que sin su conveniente garantización resulta imposible sostener la condición imprescindible de toda democracia: el pluralismo<sup>259</sup>. (ver supra capítulo 1, sección 1). Este

---

<sup>258</sup>Merece a nuestro juicio una especial atención ya que no sólo se ocupa del estudio de la libertad de expresión e información, sino que además lo hace desde la perspectiva de la yuxtaposición entre los órdenes jurídicos nacional, internacional (CEDH) y comunitario, el estudio de FREIXES, T., *Libertades informativas e integración europea*. Colex, Madrid, 1996.

<sup>259</sup>Sobre la estrecha relación existente entre la libertad de expresión e información y el pluralismo democrático, ver la aproximación histórica que realiza DE CARRERAS, F., “La libertad de expresión: un derecho constitucional”. En *Libertad de expresión*. (Freixes, T., coordinadora) Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, UAB, Barcelona, 1991, fundamentalmente pp. 22 a 27. En este artículo el autor pone de manifiesto que ya desde mediados del siglo XIX, Tocqueville y Mill manifiestan claramente el

derecho se consagra en los artículos 5 LFB; 25 Constitución belga; 77 Constitución danesa; 20 Constitución española; 10 Constitución finlandesa; 11 de la Declaración francesa de 1789; 14 Constitución griega; 40.6.1 Constitución irlandesa; 21 Constitución italiana; 24 Constitución luxemburguesa; 7 Constitución de los Países Bajos; 37 Constitución portuguesa y Ley sobre la libertad de prensa sueca, de 24 de noviembre de 1994.

La libertad de expresión e información se configura en los textos constitucionales en estudio con el reconocimiento a los ciudadanos del derecho a divulgar y expresar *libremente* su pensamiento mediante la *palabra*, la *imagen* o *cualquier otro medio*, así como el derecho de informar, informarse y ser informados, sin impedimentos ni discriminaciones. Además, se prohíbe expresamente la censura. Este contenido, que hemos obtenido concretamente del artículo 37 de la Constitución portuguesa se reproduce, casi literalmente, en todos los demás preceptos antes enumerados.

- El derecho a la libertad personal<sup>260</sup> resulta por su propio contenido uno de los derechos que cuenta con mayor peso específico en los catálogos de derechos. Su reconocimiento acentúa el carácter “sagrado” de la libertad de los individuos que únicamente pueden verse privados de ella por lo dispuesto en las distintas constituciones y en las leyes que la desarrollan. En este sentido se pronuncian los artículos 2.2 LFB; 12 Constitución belga; 71 Constitución danesa; 17.1 Constitución española; 6.3 Constitución finlandesa; 7 de la Declaración francesa de 1789; 5.3 y 6 Constitución griega; 40.4.1 Constitución irlandesa; 13.1 Constitución italiana; 12 Constitución luxemburguesa; 15.1 Constitución

---

carácter indisoluble que presentan “pluralismo, opinión pública y democracia”, p. 25.

<sup>260</sup>Un estudio que permite apreciar las implicaciones del derecho a la libertad personal en su configuración nacional (España) e internacional (instrumentos internacionales que la reconocen), puede encontrarse en el anteriormente citado FREIXES SANJUÁN, T y REMOTTI, J.C., *El derecho a la libertad personal*, op. cit.

de los Países Bajos; 27 y 28 Constitución portuguesa y 2.1 Capítulo I Constitución sueca

En todas las constituciones en análisis el contenido de este derecho es claro: nadie podrá ser perseguido sino en los casos previstos por la ley y de la forma que la ley disponga. Así se expresa la Constitución belga y, la misma idea impera en el resto de las constituciones de los Estados miembros de la Unión. Esta formulación general se concreta en los diferentes preceptos, con redacciones más o menos extensas que establecen las condiciones que debe respetar la detención preventiva (España, Dinamarca, Grecia, Italia y Portugal) o que consagran expresamente la posibilidad de regular un proceso de *habeas corpus* (España, Dinamarca y Grecia). La mayoría de las constituciones también aluden expresamente a la necesidad de una orden judicial motivada para que se pueda proceder a la detención de una persona, salvando no obstante los supuestos de delito flagrante (Bélgica, Dinamarca, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal).

Evidentemente, la configuración de los derechos de la “primera generación” como derechos-libertad, marca claramente la existencia de una esfera de autonomía de los individuos que impide la injerencia estatal; sin embargo, como bien apuntan T. FREIXES y J.C. REMOTTI<sup>261</sup>, la adaptación de los derechos analizados, -que encuentran su origen en el Estado liberal-, a los presupuestos del Estado social ya no sólo exigen un comportamiento abstencionista de los poderes públicos, sino que obliga a éstos a promover “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que integra sean reales y efectivas”, así como a remover “los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...” (artículo 9.2 Constitución española).

---

<sup>261</sup>Cfr. FREIXES SANJUÁN, T y REMOTTI, J.C., *El derecho a la libertad personal*, op. cit. p. 11.

En definitiva, y por lo que se refiere a los derechos de la “primera generación”, reiteramos la coincidencia manifiesta de contenidos que se percibe desde la simple lectura de los preceptos constitucionales y que nosotros hemos focalizado en estos tres derechos concretos a modo de muestra. Esta coincidencia en los contenidos de los catálogos de derechos vigentes es fruto de una tradición jurídica, política, filosófica y cultural progresivamente asimilada por todos estos órdenes que se remonta en el tiempo. El hecho de que todos los órdenes constitucionales de los Estados miembros declaren y protejan estos derechos de la “primera generación” nos permite, en estos momentos, concluir sin duda alguna la necesaria inclusión de todos ellos en el “patrimonio europeo de los derechos humanos”, y consecuentemente para que pueda entenderse que la Unión europea es respetuosa de este patrimonio, todos ellos deberán ser reconocidos y garantizados por el orden jurídico comunitario (ver infra segunda parte, capítulo 2 sección 2).

Ahora bien, esta absoluta convergencia del reconocimiento de estos derechos al nivel constitucional, no excluye que las regulaciones concretas que posteriormente los desarrollan puedan establecer diferencias en cuanto a la extensión, alcance o límites de los mismos<sup>262</sup>. Un ejemplo típico que ilustra perfectamente esta circunstancia es el derecho a la vida. La absoluta convergencia constatada en cuanto a su reconocimiento, aparece considerablemente mermada si se desciende a las regulaciones concretas de algunos de sus contenidos (aborto, eutanasia...).

---

<sup>262</sup>Para un análisis concreto del desarrollo legislativo y jurisprudencial de estos derechos recomendamos tener en cuenta la amplia bibliografía citada por GREWE, C. y RUIZ-FABRI, H., *Droits constitutionnels européens*, op. cit., pp. 188 a 190. Además, entre las obras de referencia de cada uno de los Estados miembros que permiten conocer en profundidad el contenido, alcance y límites de los Derechos fundamentales, pueden consultarse obras de Derecho comparado como DE VERGOTTINI, G., *Derecho constitucional comparado*. Espasa Calpe, 2ª ed., Madrid, 1985; CAVERO LATAILLADE, I., ZAMORA RODRÍGUEZ, T., *Los sistemas políticos*. Universitas, Madrid, 1996; ROUSSEAU, D. *La Justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, 1998; GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*. Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1999.

Pero, en cualquier caso, en nada afecta a nuestras conclusiones la constatación de la existencia de un amplio crisol de matices que diferencian a las regulaciones concretas de uno u otro derecho en los distintos órdenes jurídicos estatales por muy diversas que éstas resulten. Ya hemos señalado en numerosas ocasiones que nuestro estudio se enmarca en el plano de los *principios* y, desde esta perspectiva, no pueden negarse las convergencias existentes. Además, como hemos venido precisando a lo largo de estas líneas, la existencia misma de una pluralidad de regulaciones en torno a principios comunes, lejos de impedir la conformación de un patrimonio constitucional europeo no hace más que enriquecerlo.

Más difícil, como veremos a continuación, resulta establecer convergencias generales respecto a los derechos de la “segunda generación”.

## 2.- Los derechos de prestación

Como advertimos anteriormente, las constituciones actuales otorgan un papel fundamental a la protección de los derechos sociales y económicos, circunstancia que manifiesta claramente la evolución constatada del Estado liberal al social (ver supra capítulo 1, sección 2). Así, en la actualidad, ya no es suficiente con que el Estado no interfiera en la esfera privada del individuo, sino que el reconocimiento de los derechos de la llamada “segunda generación” exige a los poderes públicos acciones positivas en aras a su efectiva consecución<sup>263</sup>. En este marco, los derechos sociales se incluyen en los textos de la mayor parte de las constituciones europeas<sup>264</sup> e igualmente, su desarrollo en el seno

---

<sup>263</sup>Ver en este sentido el informe introductorio (Rapport introductif) de MATSCHER, F., “La mise en oeuvre des droits économiques et sociaux”. En *La mise en oeuvre des droits économiques et sociaux. Aspects nationaux, internationaux et droit comparé*. Engel Verlag, 1991, pp. 1 y s..

<sup>264</sup>Para obtener una panorámica del reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales en perspectiva histórica y en los textos actuales, fundamentalmente en

de la Comunidad Europea les convierte en elemento de indispensable inclusión dentro del “patrimonio europeo de los derechos fundamentales”<sup>265</sup>.

Justamente la asimilación de la necesaria protección de los derechos sociales se ha reflejado con claridad en los catálogos de derechos de las constituciones actuales, si bien es cierto no con el mismo grado de convergencia con que se presentaban los derechos de la “primera generación”.

Así pues, partimos del hecho de que la situación de convergencia casi absoluta en el reconocimiento de los derechos de libertad no se reproduce en los mismos términos respecto al reconocimiento de los derechos socio-económicos<sup>266</sup>. Dada esta situación de falta de un consenso total respecto al reconocimiento de los concretos derechos sociales, resulta necesario determinar cuál sería el contenido preciso de este patrimonio social europeo<sup>267</sup>. Con carácter general, entendemos

---

España, pero también en Italia, Alemania y Francia, ver FREIXES SANJUÁN, T., *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*. Colección Tesis doctorales. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986. Igualmente puede consultarse, VIDAL SORIA, J., “Droits sociaux en Europe et Amérique du sud”. En *La mise en oeuvre des droits économiques et sociaux...*, op. cit., pp. 287 y ss.

<sup>265</sup>Una interesante reflexión sobre los derechos económicos, sociales y culturales a cuyas consideraciones nos remitimos, lo encontramos en PECES-BARBA, G., “Los derechos económicos, sociales y culturales...”, op. cit., pp. 15 y s, y fundamentalmente, pp. 24 a 34. En este artículo nos interesa destacar especialmente los argumentos dados por el autor para defender la inclusión de los derechos sociales en la categoría de derechos fundamentales.

<sup>266</sup>Exceptuando en cualquier caso el derecho a la educación consagrado unánimemente por todas las constituciones nacionales Ver, artículos 5.3 LFB; 24.1 Constitución belga; 76 Constitución danesa; 27 Constitución española; 13.3 Constitución finlandesa; 16 Constitución griega; 42.1 Constitución irlandesa; 32 Constitución italiana; 23 Constitución luxemburguesa; 23 Constitución de los Países Bajos; 43 Constitución portuguesa.

<sup>267</sup>Una interesante reflexión sobre los derechos de prestación a partir de un estudio comparado sobre las formulaciones constitucionales de estos derechos en la Constitución española de 1978 y en la Constitución portuguesa de 1976, puede encontrarse en GOMES CANOTILHO, J.J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 1, 1988, pp. 239 y s.

que las concreciones convergentes en materia social podrían sistematizarse en torno a tres características esenciales sobre las que desarrollaremos nuestra exposición<sup>268</sup>.

i) En todos los países miembros, en mayor o en menor medida, el Estado cumple funciones de protección de los asalariados. En concreto, todos los Estados establecen un mínimo de reglas sociales, junto con medidas de lucha contra las desigualdades. Fundamentalmente, la protección de los Estados es especialmente intensa en materia de duración de la jornada y de higiene y de seguridad en el trabajo. En este sentido es posible encontrar referencias a la protección de los asalariados en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946; los artículos 39 a 43 de la Constitución española; 22 de la Constitución griega; 15 y 15a de la Constitución finlandesa o 35 a 38 de la Constitución italiana.

ii) La lectura de las constituciones de los quince Estados miembros permite apreciar una institucionalización generalizada de la representación de los asalariados en la empresa. Posteriormente, la posición e importancia de estas instituciones va a variar según las políticas sociales por las que opten cada uno de los Estados miembros. De este modo, en ocho de las quince constituciones de los Estados miembros de la Unión europea se contienen preceptos que consagran este mismo derecho. En concreto, en España, la Constitución reconoce en su artículo 28.1 el derecho de todos los ciudadanos a sindicarse libremente. En este mismo sentido se pronuncian los artículos 9.3 de la LFB; 78 de la Constitución danesa; el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946; 23.1 de la Constitución griega; 39 de la Constitución italiana; 11.5 de la Constitución de Luxemburgo y 55.1 de la Constitución portuguesa. Por el contrario, las Constituciones de Bélgica, Países

---

<sup>268</sup>Ver OUAZAN, J.M., “La dimension sociale de la construction européenne: étapes, perspectives et réalités”. *R.A.E.*, nº. 3, 1995, pp. 52 y s.

Bajos, Suecia, Austria, Finlandia e Irlanda no contienen en sus declaraciones ninguna mención al derecho a la sindicación.

iii) La negociación colectiva constituye una práctica habitual en todos los Estados miembros. En efecto, la naturaleza de las relaciones laborales exige la flexibilidad de las normas que las reglamentan, así como la adecuación de las mismas a las concretas realidades de cada sector económico y más aún de cada empresa. La negociación colectiva permite conseguir esta adecuación, por lo que en los últimos años se constata que en los Estados miembros se ha producido una cada vez mayor cesión de las competencias estatales a los interlocutores sociales. Sin embargo, el derecho a la negociación colectiva sólo encuentra un reconocimiento constitucional expreso en algunas de las declaraciones de derechos de “los quince”. Concretamente, este derecho aparece consagrado en las constituciones de España, Francia, Grecia, Italia, Portugal y Suecia; mientras que en todas las demás no se recoge ninguna mención expresa al mismo.

Como puede apreciarse, con carácter general, las coincidencias respecto a los derechos sociales son mucho menos evidentes que las que presentaban los derechos de la “primera generación”. De hecho, como hemos puesto de manifiesto, si bien es cierto que no existe consenso respecto a derechos sociales que podrían considerarse “básicos”<sup>269</sup>, también lo es que, al margen de las particularidades propias de cada sistema jurídico nacional, también en el ámbito social es posible encontrar las suficientes convergencias entre los sistemas estatales como para incluir dentro del patrimonio europeo un modelo social fundado en una tradición histórica y cultural compartida por todos los Estados miembros.

---

<sup>269</sup>El contraste entre los distintos órdenes constitucionales nacionales se acentúa más aún si se tiene en cuenta la escasa protección social de los trabajadores que caracteriza al orden jurídico inglés.

Este modelo social europeo es el fruto de la adaptación progresiva del Estado liberal a las necesidades de una sociedad industrializada. Una necesaria adaptación que se percibe con el desarrollo sucesivo de los postulados del Estado social en los Estados europeos<sup>270</sup>. Este hecho se debe principalmente a la influencia que en el reconocimiento de los derechos sociales presenta la filosofía más o menos “social” de cada uno de los Estados. Dado que sobre este punto ya tuvimos ocasión de incidir cuando abordamos la evolución del “Estado de Derecho” al “Estado social y democrático de Derecho”, nos remitimos en este punto a las consideraciones ya expuestas. Ahora nos detendremos en el análisis de los derechos denominados de la “tercera generación”.

### 3.- Los derechos de la “tercera generación”

Los derechos que componen esta tercera categoría han sido los últimos en ser reconocidos por las declaraciones actuales. Ahora bien, igual que en su día los derechos de la “primera generación” fueron reconocidos antes que protegidos, los derechos de la “tercera generación” comienzan a incorporarse “tímidamente” a los catálogos de derechos, aunque todavía no cuentan con una protección jurídica tan intensa como la reconocida a los derechos de las dos categorías anteriormente expuestas. No obstante, el progresivo reconocimiento de los derechos de la “tercera generación” permite apreciar la asimilación por parte de los Estados de la existencia de nuevas necesidades sociales. De este modo, comienzan a reconocerse en algunas constituciones nacionales derechos como la promoción de la salud<sup>271</sup>, de

---

<sup>270</sup>Sobre el Estado social nos remitimos a las obras de SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado constitucional*. Ariel, 1993, pp. 139 y s, y sobre todo al pormenorizado estudio de JIMENA QUESADA, L., *La Europa social y democrática de Derecho*. Dykinson, 1997.

<sup>271</sup>El derecho a la protección de la salud se reconoce en los artículos 23.3 Constitución danesa; 43 Constitución española; 15A Constitución finlandesa; Preámbulo de la Constitución francesa de 1946; 21.3 Constitución griega; 32 Constitución italiana; 11.5 Constitución luxemburguesa; 20.1 y 22.1 Constitución de los Países Bajos y 64 Constitución portuguesa.

los consumidores<sup>272</sup>, de los bienes culturales<sup>273</sup> y muy especialmente la protección del medio ambiente. Ciertamente, el hecho de que estos derechos hayan sido recientemente declarados hace que sólo las constituciones más modernas incluyan preceptos con estos contenidos.

Centrándonos específicamente en el derecho al medio ambiente, es posible apreciar que las constituciones de los Estados miembros se han hecho eco de la necesidad de garantizarlo en los artículos 20A de la LFB; 45 de la Constitución española; 14A 1 y 2 de la Constitución finlandesa; 24.1 de la Constitución griega; 21 de la Constitución de los Países Bajos; 9E y 66 de la Constitución portuguesa y 18.3 del Capítulo II de la Constitución sueca. No obstante, la preocupación por el medio ambiente es una constante en todos los Estados de la Unión europea al margen de que encuentren o no una concreción constitucional. Buena prueba de ello, así como de las dificultades (fundamentalmente económicas) que implica su reconocimiento y protección, pueden apreciarse ante la complejidad que ha generado la aprobación del Protocolo de Kyoto en la Cumbre del Clima desarrollada en Bonn (julio 2001).

Por otra parte, el derecho de los individuos al medio ambiente no se reduce a aspectos relativos a la protección del ecosistema sino que abarca muchos otros contenidos. Precisamente la definición de “derecho al medio ambiente” que elabora E.J. RUIZ VIEYTEZ nos permite acercarnos con más precisión al significado de este derecho: “es el interés vital de toda persona, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico en mantener los equilibrios necesarios en los elementos de su entorno físico habitual, para un adecuado nivel de vida”<sup>274</sup>. En este

---

<sup>272</sup>Ver los artículos 51 de la Constitución española y 60 de la Constitución portuguesa.

<sup>273</sup>Sobre este tema recomendamos el completo y pormenorizado análisis de HÄBERLE, P., “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”. *REDC* año 18, n.º. 54, sept-dic., 1998, pp. 11 y s.

<sup>274</sup>Cfr. RUIZ VIEYTEZ, E.J., *El derecho al medio ambiente como derecho de participación*. Colección Derechos Humanos “P. Francisco de Vitoria”,

contexto conceptual, no sorprende el pronunciamiento del TEDH en su sentencia *López Ostra c/ España*<sup>275</sup> en la que el derecho al medio ambiente y el derecho al domicilio aparecen estrechamente unidos, demostrando que independientemente del momento histórico en el que los derechos hayan sido reconocidos, todos ellos encuentran una íntima conexión que les relaciona<sup>276</sup>. Por ello, en estas últimas consideraciones volvemos a insistir sobre la dificultad que supone clasificar los derechos fundamentales en categorías estancas y de la utilización de la empleada en esta sección simplemente para propiciar una exposición ordenada.

Pero, en todo caso, antes de concluir esta sección, no podemos dejar de referirnos -siquiera brevemente- a un principio concreto de gran transcendencia en las normativas estatales, internacional y comunitaria: el fomento y protección de las cuestiones de “género”.

#### 4.- Las medidas de acción positiva tendentes a fomentar la igualdad de género

En este sentido, actualmente ni los Estados miembros, ni el Consejo de Europa, ni fundamentalmente la Unión europea han eludido en sus normativas respectivas el tratamiento de la situación de desventaja en la que se encuentran las mujeres en el ámbito laboral, político e incluso social en Europa. En páginas precedentes ya aludimos a las medidas de promoción de la mujer en lo referente a su presencia en las instituciones de representación política (supra capítulo 1 sección

---

Guipuzcoa, 1990, pp. 32 y 33. Sobre la noción de medio ambiente puede consultarse igualmente, KISS, A., “Définition et nature juridique d’un droit de l’homme à l’environnement”. En *Environnement et droits de l’homme*, (dir. KROMAREK, P.), UNESCO, París, 1987.

<sup>275</sup>Sentencia TEDH *López Ostra c/ España*, de 9 diciembre 1994, Serie A- 303-C.

<sup>276</sup>En este sentido, a título de ejemplo, recomendamos muy especialmente las consideraciones de ALI MEKOUAR, M., que en “Le droit à l’environnement dans ses rapports avec les autres droits de l’homme” se encarga de estudiar la relación existente entre el derecho al medio ambiente y otros derechos como la igualdad, la libertad de movimiento, el derecho a la familia, al trabajo, a la propiedad, a la salud, a la asociación, entre otros. En *Environnement et droits de l’homme*, op. cit., pp. 91 y s.; especialmente pp. 97 a 100.

1, B); en estas próximas páginas abordaremos el estudio con un carácter más general atendiendo a las regulaciones contenidas en este sentido en las constituciones de los Estados miembros y en el Consejo de Europa.

Una visión en perspectiva histórica de esta cuestión nos permite apreciar la evolución sufrida en Europa hacia el reconocimiento progresivo a las mujeres de derechos antes pertenecientes exclusivamente al género masculino<sup>277</sup>. Ahora bien, sin restar un ápice de importancia a los movimientos feministas del siglo XIX y de bien entrado el siglo XX<sup>278</sup>, en la actualidad el reconocimiento a las mujeres del derecho de sufragio, del derecho a la educación, de la libertad de expresión, del derecho al trabajo, etc. aparecen como logros perfectamente asumidos por la sociedad europea en cuanto predicables al ser humano con independencia de su sexo. Sin embargo, en nuestros días, muchas son aún las metas a alcanzar hasta conseguir una igualdad real entre hombres y mujeres.

---

<sup>277</sup>Para obtener una visión en perspectiva de la evolución de los derechos de la mujer particularmente en Francia, recomendamos el artículo de ROUSSEAU, D, "Los derechos de la mujer y la Constitución francesa". En *Mujer y Constitución en España*. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2000.

<sup>278</sup>Si bien ya antes del siglo XIX se conocen algunas reacciones de mujeres frente a la situación de absoluta dependencia del hombre en la que se encontraban, no será hasta el siglo XIX cuando aparezcan (fundamentalmente en Inglaterra) los primeros grupos organizados de mujeres determinados a luchar por sus derechos. En general, hasta el siglo XIX todos los derechos de ciudadanía les eran negados por lo que el primer objetivo de los movimientos feministas se centró en obtener el derecho de sufragio. A principios del siglo XX las mujeres de Finlandia (1906); Dinamarca (1915); Alemania y Austria (1918), Holanda, Bélgica y Luxemburgo (1919); Suecia (1921) e Inglaterra (1928) obtuvieron el derecho al voto. Progresivamente se fueron consiguiendo muchos otros derechos en el ámbito económico y patrimonial. Más cercanos en el tiempo aparecen logros especialmente ligados a la vida personal de las mujeres tales como la posibilidad de divorciarse, de decidir el momento de la maternidad con la aparición de las medidas anticonceptivas, e incluso la posibilidad de abortar. Sobre la evolución del movimiento feminista en Europa, nos remitimos al excelente trabajo de síntesis desarrollado por MORONDO TARAMUNDI, D., *Desarrollo de las teorías sobre los derechos de la mujer y el feminismo en*

Al nivel estatal se constata que los quince Estados miembros de la Unión europea comparten, -con mayor o menor intensidad dependiendo de la actitud social propia de cada Estado<sup>279</sup>-, el objetivo de alcanzar la igualdad de tratamiento de hombres y mujeres. La realidad cotidiana prueba que las mujeres siguen ostentando una posición de clara desventaja frente al hombre, lo que se traduce finalmente en situaciones de discriminación material. No obstante, los quince Estados miembros de la Unión cuentan con organismos específicos<sup>280</sup> de naturaleza pública y/o privada (subvencionados por fondos públicos), tanto de ámbito estatal como regional, que se ocupan de denunciar las desigualdades de género que detectan en su ámbito de actuación, así como de fomentar el desarrollo de legislaciones tendentes a eliminarlas.

Conseguir la igualdad en el empleo, la lucha contra la violencia doméstica, la mejora de la situación social y política de la mujer, el desarrollo de acciones positivas, son algunos de los objetivos compartidos por las distintas organizaciones estatales de todos los Estados miembros. Al mismo tiempo, en los quince Estados de la Unión han proliferado legislaciones nacionales tendentes a conseguir la igualdad entre mujeres y hombres que encuentran su origen, en la mayoría de los casos, en normas emanadas de organizaciones internacionales (fundamentalmente leyes que transponen directivas comunitarias).

---

*Europa*. Parlamento europeo. Serie Derechos de la Mujer, Dirección General de Estudios. Documento de Trabajo FEMM 106 ES.

<sup>279</sup>Evidentemente la evolución de la adquisición de derechos por parte de las mujeres europeas no ha sido idéntica en todos los Estados miembros. Esta situación hace que por motivos fácticos la situación de la mujer sea más favorable en Estados como Suecia, Dinamarca, Finlandia, que en otros como España, Grecia o Italia.

<sup>280</sup>A título de ejemplo entre muchos otros, podemos citar en *Bélgica* el Service de l'égalité des chances y la cellule Actions Positives du Service des relations collectives de travail du Ministère fédéral de l'Emploi et du travail; en *Dinamarca* el Ligestillingsrådet (Consejo por la igualdad); en *Alemania* la división de igualdad de derechos; en *España* el Instituto de la mujer y el Consejo nacional de mujeres de España; en *Francia* el Service des droits de femmes y l'Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes; en *Irlanda* el National Womens Council of Ireland y el Employment Equality Agency.

Concretamente, en esta materia dos son los centros de influencia principales en el ámbito europeo: el Consejo de Europa y, sobre todo, la Unión europea. La acción de ambas organizaciones ha procurado un alto grado de armonización entre las legislaciones de los órdenes jurídicos estatales de “los quince” que muestra, en consecuencia, la progresiva asimilación de sus presupuestos en los Derechos nacionales. En este momento, nos centraremos en el estudio de la normativa europea dirigida a procurar la igualdad entre hombres y mujeres en el marco del Consejo de Europa, dejando el estudio de la normativa comunitaria en este sentido para la segunda parte de esta investigación (infra segunda parte título II, capítulo 1, sección 2).

Una panorámica de los textos del Consejo de Europa que inciden en el ámbito que nos ocupa nos muestra el escaso alcance jurídico de las medidas tendentes a alcanzar una igualdad real entre hombres y mujeres. Principalmente, debe destacarse que ningún precepto del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante CEDH) se consagra específicamente a la declaración, como derecho fundamental, de la igualdad entre hombres y mujeres. Esto no significa que el CEDH carezca completamente de referencias a este principio<sup>281</sup>, lo que sucede es que la naturaleza de los derechos contenidos en el Convenio responde al objetivo de declarar y garantizar derechos inherentes a la persona, sin que las circunstancias desfavorables en las que puedan encontrarse determinados sectores (en este caso la mitad del género humano: las mujeres) hayan sido tomadas en consideración por este Texto. Simplemente, un genérico artículo 14 prohíbe toda discriminación “especialmente” por razón de sexo en la aplicación de los derechos y obligaciones contenidos en el Convenio<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup>Véase art. 12 CEDH y art. 5 del Protocolo 7.

<sup>282</sup>Sobre el significado del contenido del artículo 14 CEDH, y más específicamente sobre el alcance de la igualdad en el CEDH y en la jurisprudencia del TEDH, ver FREIXES SANJUÁN, T., “La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea”. En *Mujer y Constitución en España*, (Freixes, T. coordinadora). Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2000, pp. 47 y s, especialmente pp. 60 y s.

Por su parte, en el articulado de la Carta Social Europea de 1961<sup>283</sup> aparecen, sin embargo, alusiones más precisas tendentes a conseguir la igualdad entre hombres y mujeres. Así, con carácter general se entiende que todos los derechos contenidos en esta Carta deben protegerse sin que sea posible una aplicación fundada en una discriminación por razón de sexo. Pero al margen de esta consideración general, varios son los preceptos de la Carta Social que aluden específicamente a la situación particular de la mujer<sup>284</sup>. De este modo, el artículo 4 en su apartado tercero reconoce a los trabajadores masculinos y femeninos una remuneración igual por un trabajo de valor igual. Por su parte, el artículo 8, por su propio objeto, tiene exclusivamente por destinatarias a las mujeres ya que contiene derechos referidos a la protección de la maternidad.

Más interesante resulta la inclusión en la Carta revisada de 1996 del derecho a la igualdad de oportunidades y de tratamiento (art. 20)<sup>285</sup> que afirma que:

“Con objeto de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión sin discriminación por razón del sexo; las Partes se comprometen a reconocer este derecho, a tomar las medidas necesarias para asegurar o promover su aplicación en los ámbitos siguientes:

---

<sup>283</sup>La Carta Social Europea, que contiene los derechos de contenido social y económico, se ha visto completada por tres Protocolos, (1988, 1991 y 1995). En 1996 se revisó la Carta original de 1961.

<sup>284</sup>Advertimos que todas las referencias que utilizamos corresponden a la Carta Social Europea tras su revisión de 1996. Recordamos que este Texto aún no ha entrado en vigor, siendo a de diciembre de 1999, el estado de ratificaciones la siguiente: Han ratificado la Carta de 1961: Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países-Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, Eslovaquia, España, Turquía y Reino Unido; Han ratificado la Carta revisada: Francia, Italia, Rumania, Eslovenia y Suecia. Han firmado la Carta o la Carta revisada sin haberla ratificado todavía: Albania, Bulgaria, Croacia, Estonia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Moldavia, Suiza, "Ex-República yugoslava de Macedonia" y Ucrania. Fuente, Consejo de Europa, ver <http://conventions.coe.int>.

<sup>285</sup>Este precepto se encontraba antes de la reforma en el Protocolo adicional de 1988, que no fue firmado por Reino Unido, Irlanda y Portugal.

- 1.- acceso al empleo, protección contra el despido y la reinserción profesional;
- 2.- orientación y formación profesional, reciclaje, readaptación profesional; condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración;
- 3.- desarrollo en el empleo, incluida la promoción.

Por tanto, a diferencia del CEDH que no contiene ninguna disposición expresa tendente a conseguir la efectividad del principio de igualdad entre hombres y mujeres, la Carta Social Europea por medio de este artículo 20 enumera una serie de acciones que los Estados miembros se comprometen a materializar con objeto de alcanzar una real igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Sin discutir la importancia de la inclusión de este precepto, no podemos por menos que advertir que la Carta Social Europea carece de un mecanismo de protección de la envergadura jurídica del instaurado por el CEDH (ver infra, capítulo 2, sección 2, de esta primera parte). En este sentido, baste señalar que el sistema de garantía de la Carta Social Europea responde al clásico planteamiento de los Tratados internacionales tradicionales, es decir, se basa en una serie de informes gubernamentales que muestran la aplicación de la Carta en los Estados miembros, sin que en ningún caso los individuos puedan plantear un recurso ante un Tribunal internacional alegando la vulneración de cualquiera de los derechos contenidos en ella.

En definitiva, del contenido de estos dos instrumentos elaborados bajo los auspicios del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, se desprende que en el marco de esta organización, el estado actual de protección de los derechos específicos de la mujer, y más concretamente de la igualdad entre hombres y mujeres, no encuentra una protección óptima ante la falta de medidas lo suficientemente coercitivas para garantizar su cumplimiento. No obstante, también muestra que el Consejo de Europa no se ha mostrado nunca indiferente ante la situación de desigualdad en la que se encuentra actualmente la mujer. Así, varios son los comités

creados en el seno del Consejo de Europa con objeto de examinar específicamente la situación y la evolución sufrida en materia de desigualdad hombre-mujer, promoviendo la cooperación europea entre Estados miembros con objeto de procurar una igualdad efectiva. En concreto, cabe destacar la labor realizada en este sentido por el Comité Director por la igualdad entre mujeres y hombres (CDEG)<sup>286</sup> y por la Comisión sobre la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres<sup>287</sup>.

En la línea prevista por estos grupos, específicamente creados para paliar las desigualdades entre hombres y mujeres, el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa han desarrollado recomendaciones en las que se refleja su interés en la cuestión que nos ocupa. No obstante, el valor jurídico de tales recomendaciones, como es bien sabido, resulta claramente insuficiente. No obstante, por su especial interés pueden citarse las recomendaciones<sup>288</sup> de la Asamblea 1008 (1985) relativa a la situación de las mujeres en la vida política; 1146 (1991), relativa a la igualdad de oportunidades y de tratamiento entre hombres y mujeres en el mercado laboral; 1229 (1994) y 1018 (1994), relativas a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; 1321 (1997), relativa a la mejora de la situación de las mujeres en la sociedad rural. En esta misma línea destacan las recomendaciones del Comité de Ministros (85) 2, relativa a la protección jurídica contra la discriminación por razón de sexo; (98) 14,

---

<sup>286</sup>Comité creado en 1979 por el Comité de Ministros, compuesto por expertos designados por los gobiernos de los Estados adheridos. Este Comité ha procurado la creación de varios grupos de expertos entre los que destacamos los dos siguientes: Groupe de spécialistes sur les priorités futures, les stratégies et les méthodes de travail dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes (EG-S-FP) y Groupe de spécialistes sur les actions positives dans le domaine de l'égalité entre les hommes et les femmes.

<sup>287</sup>Comisión creada el 26 de enero de 1998 por decisión de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, compuesta actualmente por 45 parlamentarios.

<sup>288</sup> Los textos de las recomendaciones referidas, junto con la totalidad de las existentes pueden encontrarse en la página web de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, <http://www.stars.coe.fr/>.

relativa a la aproximación integrada de la igualdad entre las mujeres y los hombres, entre otras muchas.

\* \*

\*

Así pues, teniendo en cuenta las convergencias y divergencias generales, puestas de manifiesto en las páginas precedentes, estaríamos ahora en disposición de precisar sobre qué derechos fundamentales se asentaría el patrimonio europeo de los derechos humanos. Ahora bien, como ya advertimos en la introducción de esta investigación, no es nuestro objetivo, -ni creemos tenga ningún sentido-, establecer un inventario de los derechos fundamentales reconocidos por todos los catálogos de derechos fundamentales contenidos en las normas materialmente constitucionales de los Estados miembros.

Sin embargo, sí resulta perfectamente posible identificar en este momento el contenido del patrimonio europeo de los derechos fundamentales en sus contornos generales. Así, junto al derecho a la vida, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, este patrimonio europeo contendría todos los derechos denominados “clásicos”, tanto civiles como políticos. Junto a ellos, y a pesar de las divergencias existentes en torno a los derechos que conforman la categoría de los derechos sociales, los principios que definen al Estado *social* y democrático de derecho también deberían considerarse parte integrante del patrimonio común. Finalmente, no debe olvidarse la importancia actual de los derechos de la tercera generación, fundamentalmente del derecho al medio ambiente cuya protección comienza a preocupar seriamente a los Estados europeos.

Así pues, y una vez delimitado en sus grandes líneas el contenido de la *declaración* de derechos fundamentales que conformaría el

“patrimonio europeo de los derechos humanos”, sólo nos resta saber cuáles son las convergencias y divergencias que suscita su *protección* en los órdenes jurídicos en estudio.

## **Sección 2: Los sistemas de protección de derechos fundamentales en los quince Estados miembros de la Unión europea**

Actualmente, tanto al nivel estatal como internacional, el reconocimiento de los derechos fundamentales lleva aparejada necesariamente la instauración de mecanismos que garanticen su protección. Así, atendiendo al estado actual de evolución en el que se encuentran los órdenes jurídicos estatales, las simples declaraciones de derechos constitucionales no tienen demasiado sentido si no se articulan instrumentos jurídicos de defensa de sus contenidos ante la posible injerencia ilegítima de los poderes estatales o de los propios ciudadanos. En este sentido, el profesor DELPÉRÉE es contundente cuando afirma que “las Constituciones que no proporcionan a los ciudadanos garantías efectivas, y más concretamente garantías jurisdiccionales, tendentes a proteger [los derechos fundamentales] o que no ofrecen a los poderes públicos ninguna protección de sus prerrogativas y de sus funciones, no pueden calificarse de ningún modo, como ya lo decía elocuentemente la Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano, de verdaderas Constituciones”<sup>289</sup>.

Por consiguiente, el mero hecho de encontrar en un texto constitucional un catálogo de derechos fundamentales no basta por sí solo para concluir que ese Texto es realmente una Constitución (en el sentido del artículo 16 de la Declaración de 1789), es preciso que ese compendio de derechos cuente con mecanismos jurídicos que los garanticen ante las eventuales vulneraciones de sus contenidos.

Por este motivo, en la presente investigación otorgamos tanto valor a la identificación y al estudio comparado de los concretos

---

<sup>289</sup>Cfr. DELPÉRÉE, F., “A propos de la journée d’études sur ‘la saisine du juge constitutionnel’”. En *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*. Bruylant, 1998, p. 15.

derechos fundamentales conformadores del patrimonio europeo de los derechos fundamentales, como al análisis de los distintos mecanismos de protección instaurados en los Estados para garantizarlos. No en vano sin protección, estos derechos quedarían reducidos en la práctica a “papel mojado”.

En concreto, en los órdenes jurídicos de referencia, la protección de los derechos fundamentales se realiza por todos los Poderes del Estado: el poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Ahora bien, los concretos mecanismos de protección instaurados en cada uno de estos Estados para procurar el respeto de los derechos fundamentales presentan, como veremos, diferencias relevantes (A). En este contexto general, un elemento principal de la protección de los derechos fundamentales nos interesa especialmente dada la creciente importancia adquirida por la justicia constitucional en Europa: el papel de los Tribunales constitucionales en la defensa de los derechos fundamentales (B). Al estudio de estos dos aspectos consagraremos las próximas páginas.

A) Los sistemas nacionales de protección de los derechos fundamentales en los Estados miembros de la Unión europea

Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales se han ido desarrollando progresivamente hasta alcanzar actualmente las máximas garantías en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea. De hecho, un análisis comparado y en perspectiva histórica muestra, como afirma G. ROLLA, que “el constitucionalismo contemporáneo manifiesta algunas tendencias unitarias, a pesar de la peculiaridad de cada concreto ordenamiento”<sup>290</sup>. Esta circunstancia

---

<sup>290</sup>Giancarlo ROLLA destaca en su estudio entre los elementos comunes a la mayoría de las constituciones, la tendencia a la universalización tanto de muchos derechos de la persona como de sus instrumentos de garantía; además, resalta que actualmente la fase de tutela de estos derechos está constituida por su especificación y positivación, todo ello tendente a alcanzar la máxima

muestra el valor que los derechos fundamentales y las libertades públicas adquieren en los sistemas jurídicos occidentales. Una importancia que se manifiesta en la acción que los tres poderes del Estado<sup>291</sup> ejercen en la protección global de los derechos fundamentales. Ninguno de ellos, como veremos, es ajeno a su respeto y protección.

#### 1.- El papel del poder Legislativo: su función en la protección de los derechos fundamentales

Como no puede ser de otro modo, en los sistemas democráticos el poder Legislativo ocupa una posición preeminente en el establecimiento del marco de desarrollo de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. En la práctica son las leyes elaboradas por los representantes del pueblo las que proporcionan los cauces necesarios para hacer efectivas las declaraciones constitucionales<sup>292</sup>. Por tanto, el Legislador -evidentemente limitado por el contenido de la norma constitucional y por el “contenido esencial”<sup>293</sup> de los derechos fundamentales- juega un importante papel en el desarrollo efectivo de

---

efectividad de la protección para evitar que las declaraciones de derechos se conviertan en “papel mojado”. “Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales”. *REDC*, año 18, nº. 54, sept-dic., 1998, pp. 39 y s.

<sup>291</sup>Precisamente sobre la protección de los derechos fundamentales en cada uno de los poderes del Estado, ver MARIE, J-B., “Las instituciones nacionales de protección de los derechos humanos”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº. 16, 1996, pp. 5 y s.

<sup>292</sup>Con independencia de que los catálogos de derechos fundamentales de las distintas constituciones y, con carácter más general, a los textos constitucionales en sí mismos, se les reconoce fuerza vinculante, lo cierto es que el desarrollo legislativo de algunos preceptos constitucionales, y más concretamente de los derechos fundamentales, es lo que desarrolla sus contenidos y les proporciona la real efectividad práctica.

<sup>293</sup>Sobre el significado y alcance del concepto de “contenido esencial”, ver GAVARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. CEPC, Madrid, 1994. Respecto a la recepción del « contenido esencial » en los distintos órdenes jurídicos nacionales y en el Consejo de Europa, así como de los problemas que presenta su delimitación, ver FREIXES, T., “Contenido esencial de los derechos fundamentales”. En *La democracia constitucional. La*

estos derechos. Tanto es así que normalmente son las propias constituciones las que delegan al poder Legislativo el desarrollo de los derechos fundamentales contenidos en las constituciones nacionales<sup>294</sup>, estableciendo con ello una reserva legal. En este sentido, la reserva legal constituye una de las garantías principales de estos derechos en cuanto su desarrollo se reserva exclusivamente a los representantes del pueblo, únicos que pueden precisar y, en su caso, limitar el ejercicio de los derechos fundamentales.

La reserva legal surge, por tanto, como una garantía reconocida a determinadas materias (reserva material de ley) que por incidir en la esfera de libertad de los ciudadanos o por resultar especialmente “sensibles”, deben ser preservadas de una eventual acción del Ejecutivo salvo que la ley, suprema expresión de la voluntad popular, le legitime a actuar<sup>295</sup>. En este sentido, las constituciones de los Estados miembros de la Unión reconocen expresamente la importancia del poder Legislativo en el establecimiento y organización de las garantías de los derechos fundamentales<sup>296</sup>.

De este modo, las constituciones alemana, italiana, holandesa, española, portuguesa y sueca establecen los supuestos taxativos en los que la regulación de los derechos fundamentales se delega al Legislador

---

*experiencia constitucional, 1978-2000*, (coord. M. Aragón) CEPC, 2000, pp. 128 y s.

<sup>294</sup> Así aluden a la ley con carácter general, los artículos 19 LFB; 53 de la Constitución española; 16 a de la Constitución finlandesa; 18 de la Constitución portuguesa. Sin contar, además que estas delegaciones legales cuentan con numerosos ejemplos en preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales concretos.

<sup>295</sup> Sobre la reserva de ley tanto “material” como “formal”, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho administrativo*, op. cit., pp. 232 y s., y fundamentalmente, p. 234. Con un carácter más específico, ver REBOLLO PUIG, M., “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”. *RAP*, pp. 7 a 172.

<sup>296</sup> Sin perjuicio de que la necesidad de ley habilitante venga impuesta ya no por la Constitución, sino por la jurisprudencia como en el caso por ejemplo de la intervención de las comunicaciones privadas. En este sentido, ver URÍAS, J., *La*

siguiendo las modalidades y limitaciones previstas en cada uno de los textos constitucionales aludidos. La Constitución francesa de 1958 también lo hace; si bien las particularidades del sistema jurídico francés en torno al valor reconocido a la ley, merecen una observación suplementaria.

Así, la Constitución francesa de 1958 supuso una importante transformación con respecto a la consideración de la ley como norma preeminente e ilimitada que caracterizaba a la tradición jurídica francesa<sup>297</sup>. En efecto, con la Constitución francesa de la V República, el Constituyente francés pretendió limitar la acción de la ley, aumentando en contrapartida el campo de actuación del reglamento. Para ello, enumeró en una lista las materias reservadas a la ley (artículo 34), y en otra las materias cuya competencia correspondía al Poder reglamentario (artículo 37). Con esta enumeración se producía una evidente limitación de la extensión de la ley que, en principio, ya no podía regular más que las materias contenidas en el artículo 34. No obstante, este esfuerzo de la Constitución en orden a delimitar ya no sólo el ámbito de aplicación de la ley sino además el ámbito de actuación del reglamento, de poco ha servido en la práctica. En efecto, en Francia aún hoy la acción del Legislador se extiende, en gran medida por reconocimiento jurisprudencial, más allá del ámbito de actuación que le reserva la Constitución, “invadiendo” de este modo el espacio reconocido al Poder reglamentario<sup>298</sup>.

---

*tutela frente a las leyes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 134.

<sup>297</sup>Ya desde la Declaración de 1789, la ley aparece como el instrumento principal de protección de los derechos humanos. Esta circunstancia explica el motivo por el cual en Francia la constitucionalización de los derechos fundamentales se produjo de modo tan tardío (años 70). Sobre este particular, ver las reflexiones acerca del “Legislador de los derechos fundamentales en Francia” realizadas por FAVOREU, L. y FROMONT, M., en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia* (dir. A. LÓPEZ PINA), pp. 43 y s.

<sup>298</sup>Sobre este particular, ver TREMEAU, J., *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*. Economica, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1997, fundamentalmente pp. 207 y s. Ver igualmente HAGUENAU, C., “Le

Ahora bien, aunque la ley sigue manteniendo su papel preeminente en el orden jurídico francés, la tradición legiferista se ha visto superada en el ámbito concreto de los derechos fundamentales con la inclusión en el “bloque de constitucionalidad”<sup>299</sup> de los derechos fundamentales reconocidos en la Declaración de 1789 y en el Preámbulo de la Constitución de 1946. Ciertamente esta inclusión se hizo esperar... No fue hasta la decisión de 16 de julio de 1971 cuando finalmente el *Conseil constitutionnel* reconoció a estos dos textos valor constitucional. Sólo lo arraigado de la tradición legiferista francesa puede explicar que al “pays des droits de l’homme” le costara tanto trabajo situar en lo alto de la pirámide normativa a aquellos mismos derechos que la Revolución francesa, adelantándose a su tiempo, no dudó en consagrar solemnemente.

Sin limitarnos al caso francés, con carácter general resulta innegable la importante función desempeñada por el poder Legislativo en la protección de los derechos fundamentales. Importancia que se manifiesta claramente en ciertos Estados, donde ha sido el Legislador y no el Constituyente el que ha reconocido ciertos derechos fundamentales que no habían sido incluidos en el texto constitucional. Este

---

domaine de la loi en droit français et en droit anglais”. *RFDC*, n°. 22, 1995, pp. 247 y s. Para apreciar en perspectiva la evolución de la reserva de ley en Francia, recomendamos especialmente GARCÍA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Ariel, 1988, pp. 86 y s.

<sup>299</sup>La expresión “bloc de constitutionnalité” aparece en Derecho francés en la década de los setenta. El bloque de constitucionalidad es el conjunto de principios y reglas a las que se reconoce un valor constitucional. Ahora bien, lejos de representar un contenido inmutable, el bloque de constitucionalidad francés ha venido sufriendo una continua evolución. Actualmente y con carácter general, se entiende que el “bloc de constitutionnalité” comprende las disposiciones de la Constitución francesa de 1958, las disposiciones de la Declaración de 1789, las disposiciones del Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República. Para un estudio detallado de esta cuestión recomendamos la lectura de ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 89 y s. En castellano, una exposición clara aunque concisa sobre el bloque de constitucionalidad francés que aporta, sin embargo, un estudio comparado de su significado y contenido junto con el que se predica del bloque de constitucionalidad español, puede

reconocimiento legal de derechos fundamentales se ha producido especialmente respecto a los derechos sociales y económicos que algunos Estados entienden son “menos fundamentales” que los civiles y políticos<sup>300</sup>.

No obstante lo dicho, también es posible que el Legislador vulnere derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos con la elaboración de leyes que los contravienen o limitan en exceso. En los Estados miembros que cuentan con un Tribunal constitucional competente para controlar estas eventuales vulneraciones del Legislador, se han previsto mecanismos jurisdiccionales específicos que permiten al Alto Tribunal controlar *a priori* y/o *a posteriori*<sup>301</sup> la adecuación de las leyes<sup>302</sup> a la Constitución. Al estudio específico de este control, nos remitimos a páginas siguientes (ver infra B).

## 2.- El papel del poder Ejecutivo en la protección de los derechos fundamentales

Con carácter general, al Gobierno se le atribuye, entre otras, la facultad de ejecutar las leyes elaboradas por el Parlamento. Dentro de esta función y situándonos en el marco concreto de los derechos fundamentales, al poder Ejecutivo le corresponde, dentro de los límites impuestos por la ley, adoptar las medidas necesarias para permitir el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales y asegurar su respeto

---

encontrarse en FAVOREU, L. y RUBIO LLORENTE, F., *El bloque de la constitucionalidad*, Cuadernos cívitas, Madrid, 1991.

<sup>300</sup>Esta circunstancia puede percibirse claramente por ejemplo en el orden jurídico austriaco.

<sup>301</sup>El control *a priori* se ejerce sobre aquellas leyes que ya se han votado pero aún no se han promulgado. El control *a posteriori* se ejerce sobre normas que ya han entrado en vigor.

<sup>302</sup>El término “ley” es utilizado aquí en sentido amplio. Dependiendo de las regulaciones concretas de cada ordenamiento jurídico, los procedimientos de control de la constitucionalidad de las normas pueden tener por objeto distintos tipos de fuentes normativas. Las regulaciones nacionales son en este punto muy variadas, así para un estudio pormenorizado de todas ellas nos remitimos a

de conformidad, claro está, con la Constitución y las leyes. Ahora bien, como afirma J.B. MARIE, es un hecho que el poder Ejecutivo cada vez actúa en ámbitos más extensos de la vida social por lo que las posibilidades de que su propia actuación atente al contenido de los derechos fundamentales se incrementa notablemente<sup>303</sup>.

Por ello, la acción del Ejecutivo también está sometida a diferentes controles tendentes a evitar o a hacer cesar los eventuales abusos que su acción pueda causar a los derechos fundamentales reconocidos a los individuos. En este sentido, -y al margen de los recursos previstos por la jurisdicción ordinaria, algunos Estados extienden el control de constitucionalidad a los reglamentos gubernamentales por lo que es posible un control abstracto de la constitucionalidad de la norma. Además, en los Estados en los que se permite a los individuos dirigirse al Tribunal constitucional para defender sus derechos fundamentales, éstos pueden dirigir su recurso contra una norma o acto procedente de la Administración. En este caso, el Tribunal constitucional podrá decidir (si bien en su aplicación a un caso concreto) si la norma o acto administrativo ha vulnerado el o los derechos del demandante.

Por otra parte, la protección frente al Ejecutivo cuenta con la acción de una institución bien conocida en los Estados del Norte de Europa y cada vez más habitual en todos los demás Estados: el ombudsman o Defensor del Pueblo<sup>304</sup>. El Defensor del Pueblo es una institución, designada y dependiente normalmente del Parlamento, que

---

ROUSSEAU, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestein, 1992, pp. 87 a 92.

<sup>303</sup>Cfr. MARIE, J-B., “Las instituciones nacionales de protección de los derechos humanos”, op. cit. p. 13.

<sup>304</sup>Un completo y exhaustivo análisis de la institución del defensor del pueblo tanto desde un estudio de Derecho comparado (M. VERDUSSEN), especialmente en Bélgica (F. DELPÉRÉE, T. STIÉVENARD, S. DEPRÉ, P. LEWALLE, J. VAN COMPERNOLLE, M. UYTENDAELE y R. WITMEUR y G. DE KERCHOVE) como desde el significado de esta figura en el Derecho

se encarga de la defensa de los derechos fundamentales y más concretamente del control de la actividad de la Administración. Su actuación se desarrolla tanto a instancia de los administrados que les dirigen sus quejas, como por medio de informes anuales que la oficina del Defensor del Pueblo desarrolla normalmente con carácter anual. La figura del Defensor del pueblo se contiene expresamente en las constituciones de Alemania (art. 45 B); Austria (art. 148 A); Dinamarca (art. 55); España (art. 54); Portugal (art. 23) y Suecia (artículos 6 y 8 del Capítulo XII), sin perjuicio de que otros Estados miembros prevean esta institución si no en el texto de la Constitución sí en normas de rango legal: así por ejemplo Bélgica instauró la figura de los *Médiateurs fédéraux* por Ley federal de 22 de marzo de 1995<sup>305</sup>.

El profesor VERDUSSEN, distingue tres elementos compartidos por la institución del Defensor del Pueblo en los quince Estados miembros de la Unión. Así, en primer lugar, en todos los Estados el Defensor del Pueblo posee un estatuto de independencia respecto al poder Ejecutivo; en segundo lugar, los particulares pueden requerir su actuación dirigiéndole las pertinentes reclamaciones y, finalmente, a él le corresponde apreciar equitativamente las injusticias y disfunciones administrativas que se someten a su consideración. Por su parte, al margen de estas convergencias de principio, las regulaciones de esta Institución en los órdenes jurídicos de referencia presentan divergencias numerosas, si bien éstas no afectan a los elementos principales que definen su esencia respecto a los cuales, como acabamos de señalar, las convergencias se imponen. Entre estas divergencias, cabe señalar la diversidad de los estatutos de cada uno de los defensores del pueblo, la importancia que en determinados Estados va asociada a la personalidad del defensor del pueblo, la propia configuración de la institución, los

---

comunitario (D. NAGANT DE DEUXCHAISNES), puede encontrarse en *Le Médiateur*, Bruylant, Bruselas, 1995.

<sup>305</sup>De igual modo que Finlandia (1919); Gran Bretaña (1967); Francia (1973); Irlanda (1980); Países Bajos (1982). Ver VERDUSSEN, M., “Le Médiateur parlementaire”. En *Le Médiateur*, op. cit., p. 14.

medios de investigación que se le otorgan, la función del defensor del pueblo ante la jurisdicción ordinaria y constitucional, etc<sup>306</sup>.

Evidentemente, al margen de la función controladora de la acción de la Administración por parte del Defensor del Pueblo, los actos y normas de rango reglamentario del poder Ejecutivo que atenten o puedan atentar a los derechos fundamentales de los individuos también quedan sometidos en todos los Estados miembros a la jurisdicción ordinaria y, en algunos de ellos además -como veremos posteriormente-, estas normas reglamentarias pueden ser objeto de un control de constitucionalidad (del mismo modo que las leyes), o bien contra ellos puede dirigirse un recurso de los particulares en defensa de sus derechos fundamentales (recurso de amparo constitucional).

### 3.- El papel del poder Judicial en la protección de los derechos fundamentales

Al poder Judicial se le atribuye comúnmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por tanto, con carácter general, a los jueces y tribunales ordinarios les corresponde conocer de los recursos que los individuos les planteen, oyendo sus causas y resarciéndoles, en su caso, en sus derechos. Específicamente en materia de protección de los derechos fundamentales, la posición que ostenta la jurisdicción ordinaria resulta de especial importancia, ya que constituye la primera instancia en la que tratan de resolverse las eventuales injerencias de los poderes públicos o de los particulares en los derechos fundamentales reconocidos a estos últimos.

Con independencia de que se prevea junto a la acción de los jueces y tribunales ordinarios la existencia de una jurisdicción de carácter constitucional, encargada específicamente de garantizar los derechos fundamentales, la jurisdicción ordinaria conoce en primer término de las

---

<sup>306</sup>Sobre todas estas cuestiones nos remitimos al excelente estudio desarrollado por VERDUSSEN, M., *ibídem*, pp. 17 y s.

presuntas vulneraciones y a ella corresponde subsanar (o evitar que se produzcan) los atentados contra estos derechos. Esta configuración de los jueces y tribunales ordinarios como las instancias encargadas con carácter general de esta protección, se manifiesta claramente con la imposición de la necesidad de agotar todas las instancias de la jurisdicción ordinaria para que pueda admitirse una demanda de "amparo" ante el Tribunal constitucional (en los Estados que prevén este recurso); o bien un recurso ante el Tribunal de Estrasburgo. Ambas instancias aparecen, por tanto, como subsidiarias de la protección jurisdiccional ordinaria, destacando con ello la función preeminente de las jurisdicciones ordinarias nacionales en la defensa de los derechos fundamentales.

Pero además descendiendo a las concretas regulaciones nacionales es posible comprobar que algunas de ellas otorgan a los jueces y tribunales ordinarios la competencia para decidir sobre la propia constitucionalidad de las leyes. Se trata, por tanto, de un *control difuso* que se caracteriza porque todos los jueces y tribunales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. Ciertamente, como veremos a continuación, el modelo de control de constitucionalidad que ha imperado en los Estados europeos es el *concreto* y no el difuso. Este último, sin embargo, se admite en los Estados europeos más influenciados por el modelo americano de Justicia constitucional.

Así, en Dinamarca, Grecia y Suecia, el control de constitucionalidad de las leyes es competencia de la jurisdicción ordinaria. Por tanto, en estos países, la función de los jueces y tribunales es especialmente relevante en materia constitucional. Pero, salvando las distancias, los tribunales ordinarios en los sistemas inspirados en el modelo europeo de Justicia constitucional, también pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, si bien en supuestos mucho más restringidos. Pensamos, por ejemplo, en el control de la constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución en España; estas leyes preconstitucionales, tal y como determinó el Tribunal

constitucional español, deben ser inaplicadas por los Jueces y tribunales “si entienden que han quedado derogadas por la Constitución (...), o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal constitucional por la vía de la cuestión de constitucionalidad”<sup>307</sup>.

En cualquier caso, con independencia de que se admita en mayor o menor medida el control difuso de las leyes, la función de los jueces y tribunales nacionales en la defensa de los derechos fundamentales resulta esencial. No en vano, son éstos los encargados de dar satisfacción a las pretensiones de los particulares, de suerte que sólo si ellos no son capaces de cumplir esta función, se abre la puerta de los “Altos Tribunales”.

Naturalmente, todos los poderes públicos están sometidos al respeto de la Constitución. En consecuencia, los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos por las constituciones europeas vinculan a todos los poderes públicos. Esta declaración contenida en los artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución española y que inspira a la totalidad de constituciones en estudio, nos sirve para sintetizar el contenido que hemos abordado a lo largo de este epígrafe: cada uno de los poderes del Estado queda subordinado al respeto de la Constitución (y por tanto al respeto de los derechos fundamentales) y, cada uno de ellos, dentro de las funciones que tiene atribuido debe procurar el desarrollo y el respeto escrupuloso de los derechos fundamentales.

En este contexto, y dada su función de “supremo guardián de la Constitución”<sup>308</sup>, la panorámica general desarrollada en torno a los

---

<sup>307</sup>STC 4/1981, *Ley de Bases del Régimen Local I*, de 2 de febrero 1981. *BOE*, de 24 de febrero 1981.

<sup>308</sup>Expresión utilizada por LEIBHOLZ, G., “El Tribunal constitucional de la República federal alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”. En *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 148. Destacamos, que esta expresión fue empleada por el Tribunal Constitucional Federal alemán para calificarse a sí mismo en su Informe de 1952. Sobre la polémica que causó esta

distintos mecanismos previstos por los poderes públicos en aras a procurar la debida protección de los derechos fundamentales, no estaría completa si no dedicamos una especial atención a la función que en este sentido desempeña el Tribunal constitucional. Ahora bien, como tendremos ocasión de comprobar, tanto las estructuras, normas de funcionamiento y competencias atribuidas a los diferentes Tribunales constitucionales nacionales en estudio varían considerablemente, si bien todos ellos ocupan un lugar preeminente en la defensa de los derechos humanos. Por esta razón, al análisis de estas cuestiones dedicamos el siguiente epígrafe.

## B) La función de los Tribunales constitucionales europeos en la protección de los derechos fundamentales

Ciertamente, el desarrollo de la Justicia constitucional<sup>309</sup> en Europa es un fenómeno posterior a su aceptación por el sistema norteamericano. De hecho, en Europa hubo que esperar hasta la segunda década del siglo XX para encontrar los orígenes de su desarrollo, mientras que en los EEUU ya a principios del siglo XIX el Tribunal Supremo norteamericano consagró el posteriormente denominado “modelo americano de Justicia constitucional”<sup>310</sup>. Por esta razón temporal, no hubiera sido extraño que los Estados europeos hubieran “copiado” el modelo americano adaptándolo a sus sistemas jurídicos concretos. Sin embargo, bien al contrario, la mayor parte de los Estados europeos optaron por un modelo nuevo, con características opuestas a las que inspiran al modelo americano<sup>311</sup>.

---

autocalificación, ver SCHNEIDER, H-P., “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”. *REDC*, nº. 5, pp. 36 y s.

<sup>309</sup>Con carácter general, la expresión “justicia constitucional” alude al hecho de que “le pouvoir de ceux qui gouvernement est limité par une norme constitutionnelle, et que des procédures ont été prévues et des organismes créés pour donner effet à cette limitation”. CAPELLETTI, M., *Le pouvoir des juges*. Presses Universitaires de Marseille, 1990, p. 251.

<sup>310</sup>Con la célebre sentencia *Marbury versus Madison*, de febrero 1803.

<sup>311</sup>En realidad, no podía ser de otro modo atendiendo a la inadaptación del modelo americano a los sistemas políticos y jurídicos europeos. En efecto, los

Así pues, es perfectamente posible distinguir dos modalidades de control de constitucionalidad de las leyes comúnmente conocidos como “modelo americano” y “modelo europeo” de Justicia constitucional<sup>312</sup>. El primero de ellos, se caracteriza por el reconocimiento a *todos* los órganos jurisdiccionales del país de la competencia de decidir sobre la constitucionalidad de una norma con ocasión de la aplicación de la misma a un caso concreto (control descentralizado). Lógicamente, el control descentralizado o difuso sólo puede realizarse sobre una ley ya promulgada, es decir, se trata necesariamente de un control *a posteriori*. En el modelo europeo, por el contrario, el control se atribuye a un tribunal único y especial (control concentrado). Entre los Estados de la Unión europea que han instaurado un Tribunal constitucional, sólo Grecia, Dinamarca y Suecia se han inspirado en el modelo americano, mientras que los demás se han decantado por el modelo europeo.

Por otra parte, cuatro Estados de la Unión europea no han previsto la existencia de un Tribunal constitucional. Concretamente, nos referimos a Gran Bretaña, donde al no existir una diferenciación formal entre las normas constitucionales y las infra-constitucionales no tiene sentido plantearse la posibilidad de un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes. Tampoco, aunque por distintos motivos, se prevé la existencia de un Tribunal constitucional en Finlandia, Países

---

conceptos jurídicos fundamentales no tienen necesariamente el mismo significado en los EEUU que en Europa, tampoco las competencias atribuidas a los distintos Poderes del Estado es la misma, por ello, difícilmente los presupuestos del modelo americano podían ser aplicables a los sistemas europeos. Sobre este particular, ver MARCOU, J, *Justice constitutionnelle et systèmes politiques*. Presses Universitaires de Grenoble, 1997, pp. 51 y s.

<sup>312</sup>Una interesante visión de ambos sistemas de justicia constitucional es expuesta por MARCOU, J., *ibidem*. Concretamente, sobre la elección del modelo de justicia constitucional en Europa, recomendamos la lectura de FAVOREU, L., *Les Cours constitutionnelles*. PUF, *Que sais-je?*, 2ª. edición, 1992, pp. 5 y s. (Traducido al castellano por V. Villacampa, *Los Tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 16 y s). En este mismo sentido, si bien incidiendo fundamentalmente en las reservas que suscitó la implantación de la Justicia constitucional en los Estados europeos, puede consultarse, MONTORO PUERTO, M., *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Tomo I. Colex, Madrid, 1991, sobre todo, pp. 33 y s.

Bajos y Luxemburgo donde se ha optado por un control no-jurisdiccional de las leyes.

Salvando estos casos concretos, en los otros once Estados de la Unión europea sí se prevé la figura del Tribunal constitucional, si bien tanto su composición y funcionamiento, como sobre todo sus funciones varían ampliamente de unos a otros, como tendremos ocasión de comprobar a continuación<sup>313</sup>.

En cuanto a la composición de cada uno de ellos, es posible distinguir ciertos elementos comunes. Así, con carácter general, las regulaciones nacionales concretas, salvo la francesa, exigen que los magistrados del Alto Tribunal posean una formación jurídica reconocida junto con un cierto número de años de experiencia profesional como jueces, altos funcionarios, profesores universitarios, abogados... Pero, al margen de esta convergencia básica, que denota el interés de las distintas legislaciones nacionales por elegir objetivamente a las personalidades más relevantes del ámbito jurídico, lo cierto es que las distintas regulaciones estatales referidas a los sistemas de elección de los magistrados, la duración de sus mandatos, los límites de edad que se les imponen,... son muy diversas<sup>314</sup>. Así, a título de ejemplo la duración del mandato varía desde los 9 años previstos para los magistrados de Italia, España y Portugal, pasando por los 12 de Alemania y el carácter vitalicio de los jueces belgas y austriacos<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup>Un estudio comparativo y completo sobre los Tribunales constitucionales europeos y los procedimientos de control de constitucionalidad se encuentra en el estudio de ROUSSEAU, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, op. cit. Del mismo modo, C. GREWE y H. RUIZ-FABRI, op. cit. pp. 66 y s. FAVOREU, L., *Les Cours constitutionnelles*. PUF, *Que sais-je?*, 2ª. edición, 1992. A las consideraciones generales de todas ellas nos remitimos.

<sup>314</sup>El profesor ROUSSEAU, D., se ha encargado de sistematizar y relacionar entre sí todos estos elementos relativos a la composición de los Tribunales constitucionales, en *La justice constitutionnelle en Europe*, op. cit., pp. 49 a 63.

<sup>315</sup>No obstante, en ambos Estados se prevé un límite de edad para el ejercicio de la función de juez constitucional establecido en los 70 años.

Por otra parte, estos magistrados son elegidos por distintos órganos o instituciones que, según los Estados, se decantan por una designación más discrecional, como es el caso de Francia donde 3 magistrados son elegidos por el Presidente de la República, 3 por el Presidente de la Asamblea Nacional y 3 por el Presidente del Senado; o bien más respetuosa de los equilibrios democráticos como en Alemania o Portugal donde los jueces constitucionales son designados por la institución representante del pueblo, o en Italia<sup>316</sup>, España<sup>317</sup>, Austria<sup>318</sup> y Bélgica<sup>319</sup> donde la designación tiene en cuenta ambos criterios de elección.

Por lo que respecta a las funciones de los Tribunales constitucionales europeos, todos ellos coinciden en instaurar mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes (recurso y/o cuestión de constitucionalidad) y, en los Estados compuestos, también éstos son los encargados de dirimir los posibles conflictos de competencia que se susciten entre los distintos niveles de organización (así sucede en Austria, Alemania, Bélgica, España, Italia). En algunos casos, se prevé además la posibilidad de que los individuos accedan al Tribunal constitucional solicitándole la protección de los derechos fundamentales que la Constitución les reconoce. Este recurso de los particulares (2) junto con el control de constitucionalidad de las leyes (1) son los dos recursos principales que permiten al Tribunal constitucional

---

<sup>316</sup>En Italia, los doce magistrados son nombrados por tercios por el Presidente de la República; el Parlamento en sesión conjunta y por las magistraturas supremas ordinarias y administrativas (artículo 135 Constitución italiana).

<sup>317</sup>En España, a los doce magistrados los nombra el Rey a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; del Senado por idéntica mayoría; del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial (artículo 159 Constitución española).

<sup>318</sup>En Austria, los miembros del Tribunal constitucional y los suplentes son nombrados por el Presidente Federal a propuesta del Gobierno Federal; del Consejo Nacional y del Consejo Federal (artículo 147 Constitución austriaca).

<sup>319</sup>En Bélgica, la institución del Tribunal constitucional (Cour d'Arbitrage), no se encuentra en el Texto de la Constitución belga, sino en "la loi spéciale de réformes institutionnelles", de 8 de agosto de 1980. Su composición se precisa en la ley de 28 de junio de 1983. Los miembros del Tribunal los nombra el Rey de una lista doble presentada por el Senado adoptada por mayoría de dos tercios.

ejercer su función de protección de los derechos fundamentales, por ello, a su estudio dedicaremos las siguientes páginas.

### 1.- El control de constitucionalidad de las leyes

Con carácter general, el control de la constitucionalidad de las leyes se configura como un mecanismo destinado a verificar el respeto del principio de jerarquía normativa; principio que, como ya tuvimos ocasión de comprobar, inspira a la mayor parte de los ordenamientos jurídicos en estudio. Así pues, este control adquiere en la práctica una importancia manifiesta y, de hecho, presenta implicaciones fundamentales en la comprensión de los sistemas jurídicos considerados en su conjunto. En este sentido precisamente el profesor CAPELLETTI afirma que “las Constituciones escritas, y la manera en la que los tribunales subordinan las leyes ordinarias a estas Constituciones, son fenómenos nuevos que poseen profundas raíces filosóficas”<sup>320</sup>.

Más concretamente, este mismo autor aborda en varios de sus escritos un asunto directamente relacionado con las implicaciones filosóficas que plantea esta cuestión: la legitimidad de la Justicia constitucional<sup>321</sup>. Este tema resulta muy delicado y demasiado complejo como para ser desarrollado convenientemente en estas breves líneas. No obstante, entendemos que en el marco de esta investigación no

---

<sup>320</sup>Ver, CAPELLETTI, M., *Le pouvoir des juges*. Economica, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1990, pp. 179 y s. El profesor Capelletti destaca los intentos del ser humano por crear o describir una jerarquía normativa y por hacerla respetar. Esto muestra, según el autor, la búsqueda constante del hombre de “cualquier cosa estable y permanente que esté por encima de las constantes mutaciones que marcan su destino” (p. 179). Así, si bien las leyes pueden ser modificadas, siempre quedan subordinadas en última instancia a un orden superior, a unos valores fundamentales que permanecen. En el contexto del constitucionalismo, esa norma suprema dotada de la estabilidad que persigue el ser humano es la Constitución y, por consiguiente, siguiendo este razonamiento el control de constitucionalidad de las leyes adquiere un papel esencial.

<sup>321</sup>Ver CAPELLETTI, M., *Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*. Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 73 y s. y *Le pouvoir des juges*, op. cit., pp. 271 y s.

podemos dejar de realizar, cuanto menos, una mínima aproximación a los presupuestos que inspiran esta discusión. Así, con carácter general, los detractores del control de constitucionalidad de las leyes entienden que éste manifiesta una falta de confianza en el carácter democrático del ordenamiento jurídico ya que otorga a los jueces, nada menos, que el control de la expresión de la voluntad del pueblo. Según esta consideración, y limitando sus conclusiones al tema que nos ocupa, el respeto del ideal democrático implicaría que el pueblo, si lo estimase oportuno, podría limitar o incluso suprimir un derecho fundamental, sin que pudiera restringirse su actuación soberana. Siguiendo esta argumentación, la existencia de un órgano dotado del poder de control de las leyes del pueblo, con capacidad para anularlas si no respetan los presupuestos constitucionales (y más concretamente los derechos fundamentales) se concibe como una injerencia ilegítima de los jueces (carentes de la legitimidad que ostenta el Parlamento), en la voluntad del pueblo.

Naturalmente, como advierte D. ROUSSEAU, “el juez constitucional no puede configurarse como un poder libre que usurpe el lugar del soberano”; ahora bien en el ejercicio limitado de sus competencias tampoco puede lógicamente discutirse la legitimidad democrática de su función en cuanto el Tribunal constitucional es una instancia en la que “se equilibra, discute y reflexiona la relación regla de la mayoría / respeto de los derechos fundamentales”, consiguiendo “la articulación necesaria entre los dos elementos constitutivos de la democracia pluralista”. Ciertamente, como no puede ser de otro modo, el profesor ROUSSEAU concluye la conveniencia de que se mantenga y desarrolle la figura del juez constitucional; conclusión que compartimos totalmente<sup>322</sup>.

---

<sup>322</sup>Ver, ROUSSEAU, D., “Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel?”. *La Revue administrative*, 301, enero-febrero, 1998, pp. 197 y s. En concreto, p. 201 y 204. Este mismo autor reflexiona acerca de la legitimidad

Dejando ya a un lado los fundamentos filosóficos y centrándonos en los aspectos de Derecho comparado que interesan a nuestro análisis, el recurso de inconstitucionalidad tiene como objeto el control de la conformidad de determinadas normas con la Constitución. Ahora bien, las concretas normas sometidas a este control varían de un ordenamiento jurídico a otro. Así, mientras que en todos los Estados que han previsto la existencia de este control, las leyes y normas con fuerza de ley quedan situadas dentro del ámbito de control de este recurso<sup>323</sup>, otras como los Tratados internacionales sólo son objeto de control en Austria, España, Francia y Portugal y las normas reglamentarias únicamente lo son en Austria, Alemania, Bélgica y Portugal.

En páginas anteriores destacábamos las notas principales que caracterizan estos procedimientos de control de la constitucionalidad de las leyes que, con carácter general, manifiestan la posición jerárquicamente preponderante de la Constitución sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico. Ya avanzábamos entonces que en todos los Estados que cuentan con un Tribunal constitucional se prevé un recurso de este tipo, si bien en alguno de ellos, la aceptación del control de constitucionalidad ha llevado su tiempo. Evidentemente pensamos en el caso de Francia donde transcurre un importante lapso de tiempo desde la creación del *Conseil constitutionnel* por la Constitución de la V República de 1958, hasta que el propio *Conseil* reconociera, en 1971, su competencia para controlar la conformidad de una ley francesa con los derechos y libertades consagrados en la Constitución (nos referimos, claro está, a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946)<sup>324</sup>.

---

del juez constitucional en *Droit du contentieux constitutionnel*. Montchrestien, 2ª Edición, París, 1992, pp. 382 y s.

<sup>323</sup>En Austria es posible además un control de este tipo sobre las Leyes constitucionales.

<sup>324</sup>Existen numerosos estudios sobre el *Conseil constitutionnel* francés que permiten profundizar en su esencia; nosotros recomendamos especialmente uno por su tratamiento detallado y en profundidad del origen, estructura y sobre todo

Ahora bien, aun partiendo de una constatada convergencia respecto a la previsión del control de constitucionalidad de las leyes en todos los Estados de la Unión europea que han previsto el funcionamiento de un Tribunal constitucional, las condiciones y procedimientos de su ejercicio varían notablemente de unos a otros. Así por ejemplo, en relación con el momento en el que puede ejercerse el control, Francia constituye el único Estado de la Unión que sólo permite un control *a priori* de las leyes<sup>325</sup>, esto es, un control sobre la ley aprobada pero aún no publicada. En todos los demás Estados, el control *a priori* constituye la excepción, ejerciéndose de modo residual junto al control *a posteriori*, es decir, sobre la ley ya promulgada. En este sentido, junto al control *a posteriori* en Italia y Austria es posible realizar un control *a priori* respecto a los litigios federativos y regionales<sup>326</sup>; en España y Alemania subsiste un control preventivo respecto a la conformidad de los Tratados internacionales con la Constitución. Por su parte, en Portugal, el control preventivo es extensamente utilizado conjuntamente con el control *a posteriori*, en concreto, es posible un control *a priori* de leyes, convenios internacionales, decretos legislativos regionales y decretos gubernativos<sup>327</sup>.

Junto a esta distinción que atiende al momento en el que se produce el control, resulta interesante destacar los diferentes tipos de control posibles para controlar la constitucionalidad de una norma. En

---

del funcionamiento de esta institución: ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*. Montchrestien, 2ª. Edición, París, 1992. También merece destacarse el estudio de AVRIL, P. y GICQUEL, J., *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, París 1992.

<sup>325</sup>Excepcionalmente en Francia se admite el control *a posteriori* sobre leyes ya promulgadas con ocasión del examen de disposiciones legislativas que la modifiquen (decisión del *Conseil constitutionnel* de 23 de enero 1985) y en los casos en los que el Primer Ministro estime que una ley ya promulgada o parte de ésta fuera de competencia reglamentaria y así lo someta a consideración del *Conseil constitutionnel*. Sobre esta cuestión, así como sobre los intentos de introducir el control *a posteriori* en Francia, ver ROUSSEAU, D., *La justice constitutionnel en Europe*, op. cit., pp. 75 a 77

<sup>326</sup>Ver, GREWE, C. y RUIZ-FABRI, H., op. cit., p. 79.

<sup>327</sup>Ver ROUSSEAU, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, op. cit., p. 82.

este sentido pueden distinguirse fundamentalmente dos: el control abstracto de la norma y el control concreto. El control abstracto es el que se produce sobre la propia norma en cuanto tal, sin tener en cuenta las cuestiones que se deriven de su aplicación a los casos concretos (control por vía de acción)<sup>328</sup>. El control concreto consiste en la apreciación de la constitucionalidad de una norma en el momento de su aplicación a un caso concreto (control por vía de excepción)<sup>329</sup>. El control abstracto es posible en Francia<sup>330</sup>, Alemania<sup>331</sup>, Austria<sup>332</sup>, Bélgica<sup>333</sup>,

---

<sup>328</sup>La legitimación activa del recurso (abstracto) de inconstitucionalidad varía de un Estado a otro, si bien, con carácter general, suele otorgarse esta legitimación a los órganos ejecutivos tanto al nivel estatal como al de los Estados federados, regionales o de las CCAA; a las Asambleas parlamentarias también a ambos niveles. Igualmente algunos Estados reconocen legitimación activa a un cierto número de diputados o senadores (España, Francia, Portugal) o incluso a toda persona que justifique un interés en la anulación de una norma determinada (Bélgica).

<sup>329</sup>El control de constitucionalidad de tipo concreto permite que en el transcurso de un proceso ordinario, la ley que se está aplicando a un caso concreto pueda ser remitida al Tribunal constitucional para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. Normalmente, corresponde al juez que conoce del caso, ya sea de oficio o a instancia de parte, remitir la cuestión de constitucionalidad al Tribunal constitucional. Los requisitos para interponer este recurso varían de un Estado a otro; en algunos basta con que el juez o las partes en el proceso entiendan que existe una duda sobre la constitucionalidad de la norma controvertida; en otros además se exige que el juez entienda que de la ley discutida depende la solución del litigio.

<sup>330</sup>No puede ser de otro modo si se tiene en cuenta que en Francia sólo cabe un control *a priori* de las leyes,

<sup>331</sup>El T.C. alemán ejerce un control abstracto de constitucionalidad respecto a “la posible incompatibilidad entre las normas de rango inferior (leyes y reglamentos, tanto federales como de los Länder) y la Ley Fundamental de Bonn, o entre normas de los Estados Federados y el Derecho Federal”. Ver en este sentido, ARNOLD, R., op. cit., p. 101.

<sup>332</sup>En Austria, coexisten el control abstracto y el concreto. El control abstracto se ejerce sobre las leyes y reglamentos de los Länder a iniciativa del gobierno federal, sobre las leyes y reglamentos del Estado federal a iniciativa de los gobiernos de los Länder y sobre las leyes federales a iniciativa de un tercio de los miembros del Parlamento federal. Fuente, ROUSSEAU, D., *La Justice constitutionnelle en Europe*, op. cit. pp. 84 y 85.

<sup>333</sup>En Bélgica es posible un control abstracto de las leyes, los decretos (regionales o comunitarios) y las ordenanzas cuando estas normas se refieren al reparto de competencias o atentan al principio de igualdad, al principio de no discriminación o a la libertad de educación. Fuente, GREWE, C. y RUIZ-FABRI, H., op. cit., p. 81.

Italia<sup>334</sup> y España<sup>335</sup>. El concreto, se permite en estos mismos Estados con excepción hecha de Francia. En este último caso, resulta destacable la tradicional oposición francesa a la inclusión de la “excepción de inconstitucionalidad” en su orden jurídico. No obstante son cada vez más frecuentes las autorizadas opiniones doctrinales<sup>336</sup> y políticas que alzan su voz a favor de la introducción de la “excepción de inconstitucionalidad” en el orden jurídico francés. Para ilustrar el sentido de los partidarios de esta incorporación consideramos interesante destacar un concreto pronunciamiento político por el hecho de que fue realizado por el Primer Ministro francés, L. JOSPIN, en fecha reciente, 30 junio de 2001, y en la propia sede del *Conseil constitutionnel*:

“La France est en effet un des rares pays à admettre le principe du contrôle de constitutionnalité sans donner au citoyen la possibilité d’invoquer l’inconstitutionnalité d’une disposition législative à l’occasion d’un litige (...) Je suis personnellement favorable à l’introduction de l’exception d’inconstitutionnalité en droit français (...). En tant que responsable politique, mon souci est d’étendre les garanties qu’il me semble légitime d’offrir à nos concitoyens tout en veillant à ne pas laisser se multiplier les contestations infondées de la loi”<sup>337</sup>.

Evidentemente el control de constitucionalidad en sus diferentes modalidades permite al Tribunal constitucional garantizar que las leyes respeten la Constitución. Así pues, este recurso no se dirige explícitamente a proteger los derechos fundamentales en ella

---

<sup>334</sup>En Italia es posible el control abstracto sobre leyes regionales por iniciativa del gobierno nacional, sobre leyes del Estado o de otras regiones por parte de los gobiernos regionales. Fuente, ROUSSEAU, D., op. cit. p. 85.

<sup>335</sup>En España, según la literalidad del artículo 27.2 LOTC cabe recurso de inconstitucionalidad (control abstracto) sobre los estatutos de Autonomía, leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos-leyes, decretos legislativos, tratados internacionales, reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales y normas equivalentes a las anteriores dictadas por las CCAA.

<sup>336</sup>Por todas, ver LUCHAIRE, F., “L’exception d’inconstitutionnalité”. En *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, (dir. F. DELPÉRÉE), Economica, Bruylant, 1991, pp. 143 y s.

<sup>337</sup>Discurso del Primer ministro francés, Lionel JOSPIN en el marco del Coloquio “la liberté d’association et le droit”, celebrado en el *Conseil constitutionnel*, el 30 de junio 2001. El discurso íntegro puede encontrarse en [www.premier-ministre.gouv.fr](http://www.premier-ministre.gouv.fr).

contenidos, si bien éstos también pueden beneficiarse de su garantía. Distinto es el caso del recurso que estudiaremos a continuación que se consagra expresamente a la protección de los derechos fundamentales y que otorga a los ciudadanos la legitimación activa necesaria para poder dirigirse al Tribunal constitucional solicitando su “amparo”.

2.- El recurso de los particulares al Tribunal constitucional para la defensa de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos ante la eventual injerencia de los poderes públicos: el “recurso de amparo”

Con frecuencia, los Tribunales constitucionales europeos tienen atribuidas competencias derivadas de su configuración como Jueces supremos de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. En este sentido, el artículo 162.1 de la Constitución española es claro cuando afirma que “El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio nacional y es competente para conocer... b) del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la Ley establezca”.

Ahora bien, ni mucho menos, todos los Estados que han previsto la figura de un Tribunal constitucional, otorgan a los particulares la posibilidad de solicitar al máximo intérprete de la Constitución la anulación de un acto o disposición de un poder público, alegando para ello la lesión ilegítima que ese acto o disposición causa en alguno o algunos de los derechos fundamentales que la Constitución les reconoce<sup>338</sup>. De hecho sólo Alemania, Austria y España, permiten a los ciudadanos (personas físicas y jurídicas) interponer, llegado el caso, y previo agotamiento de los recursos ordinarios, un recurso ante el Tribunal constitucional en defensa de los derechos a los que cada normativa nacional reconoce esta protección.

---

<sup>338</sup>Ver CORDÓN MORENO, F., *El proceso de amparo constitucional*, La Ley, 2ª edición, 1992, p. 23.

En concreto, en Austria la *Verfassungsbeschwerde* se definió en la Constitución de 1920 como una vía alternativa a la contencioso-administrativa que permitía a los individuos impugnar actos administrativos que vulnerasen derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Posteriormente, la Ley de reforma de 15 de mayo de 1975 extendió el ámbito de control a los Reglamentos y a las Leyes a las que pudiera imputarse directamente la lesión de uno de los derechos fundamentales aludidos anteriormente<sup>339</sup>. En Alemania, este recurso se reguló en la Ley del Tribunal Constitucional Federal, de 12 de marzo de 1951 y se introdujo en la Ley Fundamental de Bonn gracias a la reforma de 1969 que añadió los artículos 4 a y 4 b al artículo 93<sup>340</sup>. Por su parte, en el ordenamiento jurídico español, la introducción de este recurso se produjo con la Constitución de la II República (artículos 105, 121 b y 123 de la Constitución de 1931). Precisamente de la regulación republicana, además de la contenida en la Constitución mexicana de 1917 (artículos 103 a 107)<sup>341</sup> y en la propia LFB de 1949<sup>342</sup>, la actual regulación del recurso de amparo encuentra sus fuentes más directas de inspiración (artículo 161.1 b, desarrollado por la Ley Orgánica

---

<sup>339</sup>Ver, RUBIO LLORENTE, F., “Sobre la relación entre Tribunal constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”. *REDC*, n.º. 4, 1982, p. 62. Sobre las concretas disposiciones referidas a la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal constitucional austriaco, ver ERMACORA, F., “Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Cour constitutionnelle autrichienne”. En *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (dir. L. Favoreu). Ecomica. Presses Universitaires de Marseille, Coloquio de 19-20 febrero 1981, fundamentalmente pp. 192 y s..

<sup>340</sup>Un estudio detallado de este recurso en Alemania, puede encontrarse en VON MÜNCH, I., “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania”. *REP*, n.º. 7, 1979, pp. 269 y s.

<sup>341</sup>Sobre este particular, ver FIX-ZAMUDIO, H., “El Derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca”. *REP*, n.º. 7, 1979, pp. 227 y s.

<sup>342</sup>Un estudio comparado entre el “recurso de amparo” y la “Verfassungsbeschwerde” puede encontrarse en RUBIO LLORENTE, F., “Sobre la relación entre Tribunal constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, op. cit., pp. 61 y s..

del Tribunal Constitucional 2/ 1979, de 2 de octubre (concretamente artículos 41 y s.)<sup>343</sup>.

Así pues resulta evidente que sólo una minoría de los Estados miembros prevén en sus ordenamientos jurídicos el recurso de amparo y entre los que lo hacen, lo cierto es que existen ciertas diferencias respecto a la configuración que cada uno de ellos le otorga. Así, los concretos derechos susceptibles de amparo pueden variar de un Estado a otro; a título de ejemplo en Alemania, el Tribunal constitucional federal es competente para conocer sobre “recursos constitucionales, que podrán ser interpuestos por cualquiera mediante la alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales, o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, apartado 4; 33; 38; 101; 103 y 104” (artículo 93.1, 4ª). En Austria, la Constitución establece, sin mayores precisiones, que el recurso de amparo se dirige a proteger “algún derecho constitucionalmente garantizado” (artículo 144.1). Finalmente en España, “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios (...) y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Evidentemente no existe una identidad en cuanto a los derechos fundamentales contenidos en la LFB, en la Constitución austriaca y en la Sección primera del Capítulo segundo y en el artículo 14 y el 30.2 susceptibles de amparo en el ordenamiento jurídico español. Por tanto los derechos que se benefician de esta protección varían de unos

---

<sup>343</sup>Para una descripción detallada de los antecedentes remotos e inmediatos (incluidos los aspectos generales de la regulación del recurso de amparo en el procedimiento constituyente que condujo a la aprobación de la vigente Constitución española de 1978) del recurso de amparo en el ordenamiento jurídico español, recomendamos especialmente la lectura de la obra de OLIVER ARAUJO, J., *El recurso de amparo. Colección Estado y Derecho*, Palma de Mallorca, 1986.

ordenamientos a otros. Ahora bien, con carácter general, puede decirse que los derechos fundamentales que se benefician de este recurso son los que podíamos denominar “derechos clásicos”, así como algún derecho de naturaleza social (huelga y sindicación en la Constitución española) quedando los derechos económicos y los de la “tercera generación” fuera de una protección de este tipo.

En cuanto a los actos susceptibles de control en Alemania y España este recurso puede dirigirse contra una ley, reglamento o acto jurisdiccional que el recurrente entienda atenta a los derechos fundamentales susceptibles de amparo. En Austria, sin embargo, los particulares no pueden dirigir su recurso más que contra “las decisiones de las autoridades administrativas, incluyendo las de las salas administrativas independientes, en la medida en que el demandante pretenda haber sido lesionado por la violación de un derecho que le esté garantizado por la Constitución, o por la aplicación de un reglamento no conforme a la ley, de una ley inconstitucional o de un tratado internacional no conforme a Derecho...” (artículo 144.1 Constitución austriaca). En Austria, por tanto, a diferencia de Alemania y España, los actos jurisdiccionales quedan totalmente excluidos de un posible recurso de este tipo.

En cuanto a su objeto, este recurso otorga a los ciudadanos la posibilidad de obtener en el ámbito estatal la protección más completa de sus derechos fundamentales (sin perjuicio de la garantía que le reconoce el mecanismo de protección de derechos fundamentales instaurado por el CEDH, al que aludiremos en el Título siguiente). Por otra parte, desde la perspectiva de una construcción del Estado liberal, los derechos fundamentales aparecen configurados como límites a la acción de los poderes públicos; es decir representan la esfera de privacidad del individuo en la que el Estado no puede interferir. Siguiendo esta concepción, la protección de los derechos fundamentales debería articularse respecto a las eventuales intromisiones de los poderes públicos en la esfera de actuación del individuo. Sin embargo, esta

construcción así expuesta ignoraría que los poderes públicos no son los únicos que pueden vulnerar los derechos fundamentales, y de hecho, en numerosas ocasiones, las vulneraciones provienen de los propios particulares.

Precisamente para paliar esta insuficiencia, en concreto en el ordenamiento alemán, surgió la necesidad de crear una ficción que permitiera proteger estas situaciones, que en la práctica, generan numerosas controversias: la *Drittwirkung der Grundrechte*. La doctrina de la *Drittwirkung* establece que los derechos fundamentales, aunque continúan catalogándose como derechos públicos subjetivos, extienden su validez a las relaciones que se suscitan entre los particulares. Si bien, la validez de los derechos fundamentales que se predica frente a los poderes públicos y frente a los particulares no es la misma. En el primer caso, la validez es inmediata o directa, mientras que en el segundo caso, la validez es mediata o indirecta (*mittelbare*). Por esta vía, los derechos susceptibles de contar con esta protección quedan garantizados tanto ante las posibles injerencias de los poderes públicos como de las otros individuos.

Bien es cierto que la regulación del recurso de amparo es ciertamente minoritaria en los órdenes jurídicos de los Estados miembros, y por este motivo sería difícil defender su inclusión en el “patrimonio europeo de los derechos humanos”. No obstante, entendemos que un recurso de este tipo constituye una garantía fundamental tendente a defender estos derechos especialmente valiosos para el ser humano. Por ello creemos que la introducción del mismo en el patrimonio europeo estaría más que justificada e igualmente abogamos por el establecimiento de una vía judicial más accesible a los particulares en el contexto del contencioso comunitario (Ver segunda parte, título II, capítulo 2, sección 2).

## CONCLUSIÓN DEL TÍTULO I

A lo largo de este primer Título ha sido posible identificar y analizar -en sus líneas generales- los elementos, convergentes y divergentes, que conforman actualmente los sistemas constitucionales de los Estados miembros de la Unión europea. En este contexto y sin perjuicio de las particularidades propias que caracterizan a los distintos órdenes jurídicos en estudio, resulta perfectamente posible concluir que los principios jurídicos comunes a estos Estados son lo suficientemente compartidos como para fundamentar la existencia de un “patrimonio constitucional europeo”. Más aún, el hecho de que las convergencias se produzcan respecto a los principios jurídicos que hemos calificado de esenciales (democracia, Estado de Derecho, protección de los derechos fundamentales), hace que la existencia de divergencias, lejos de afectar a la conformación de un “patrimonio constitucional europeo”, no haga más que enriquecerlo.

El profesor ROUSSEAU nos da la clave de la situación de convergencias y divergencias constitucionales en Europa, cuando afirma que “si la idea de convergencia caracteriza naturalmente la noción de patrimonio, la de divergencia distingue también necesariamente la noción de Derecho constitucional europeo”<sup>344</sup>.

Más concretamente en materia de protección de los derechos fundamentales, resulta especialmente constatable que todos los órdenes constitucionales de los Estados miembros de la Unión europea han asimilado la necesidad de declarar y proteger estos derechos. Precisamente esta convergencia inicial de los órdenes jurídicos nacionales, fruto de una tradición cultural compartida acerca de la propia esencia del ser humano, aparece de manera palpable en el Convenio de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades

---

<sup>344</sup>ROUSSEAU, D., “La notion de patrimoine constitutionnel européen”. En *Le patrimoine constitutionnel européen*, op. cit, p. 33.

Fundamentales, de 1950. Este Texto simboliza, en materia de protección de los derechos fundamentales, lo que hemos dado en llamar el “patrimonio europeo de los derechos humanos”. Su contenido junto al alcance de las obligaciones jurídicas que impone a los Estados adheridos, le otorgan un papel predominante en el proceso de armonización de los órdenes jurídicos nacionales. Por este motivo, estimamos que resulta imprescindible consagrar un estudio pormenorizado a la influencia del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH en los órdenes jurídicos de los quince Estados miembros de la Unión. De este modo, será posible apreciar la función que desempeña este instrumento internacional en el proceso de conformación de un “patrimonio europeo de los derechos humanos”.